This is a reproduction of a library book that was digitized by Google as part of an ongoing effort to preserve the information in books and make it universally accessible.

Google books

https://books.google.com

A propos de ce livre

Ceci est une copie numérique d'un ouvrage conservé depuis des générations dans les rayonnages d'une bibliothèque avant d'être numérisé avec précaution par Google dans le cadre d'un projet visant à permettre aux internautes de découvrir l'ensemble du patrimoine littéraire mondial en ligne.

Ce livre étant relativement ancien, il n'est plus protégé par la loi sur les droits d'auteur et appartient à présent au domaine public. L'expression "appartenir au domaine public" signifie que le livre en question n'a jamais été soumis aux droits d'auteur ou que ses droits légaux sont arrivés à expiration. Les conditions requises pour qu'un livre tombe dans le domaine public peuvent varier d'un pays à l'autre. Les livres libres de droit sont autant de liens avec le passé. Ils sont les témoins de la richesse de notre histoire, de notre patrimoine culturel et de la connaissance humaine et sont trop souvent difficilement accessibles au public.

Les notes de bas de page et autres annotations en marge du texte présentes dans le volume original sont reprises dans ce fichier, comme un souvenir du long chemin parcouru par l'ouvrage depuis la maison d'édition en passant par la bibliothèque pour finalement se retrouver entre vos mains.

Consignes d'utilisation

Google est fier de travailler en partenariat avec des bibliothèques à la numérisation des ouvrages appartenant au domaine public et de les rendre ainsi accessibles à tous. Ces livres sont en effet la propriété de tous et de toutes et nous sommes tout simplement les gardiens de ce patrimoine. Il s'agit toutefois d'un projet coûteux. Par conséquent et en vue de poursuivre la diffusion de ces ressources inépuisables, nous avons pris les dispositions nécessaires afin de prévenir les éventuels abus auxquels pourraient se livrer des sites marchands tiers, notamment en instaurant des contraintes techniques relatives aux requêtes automatisées.

Nous vous demandons également de:

+ *Ne pas utiliser les fichiers à des fins commerciales* Nous avons conçu le programme Google Recherche de Livres à l'usage des particuliers. Nous vous demandons donc d'utiliser uniquement ces fichiers à des fins personnelles. Ils ne sauraient en effet être employés dans un quelconque but commercial.

+ *Ne pas procéder à des requêtes automatisées* N'envoyez aucune requête automatisée quelle qu'elle soit au système Google. Si vous effectuez des recherches concernant les logiciels de traduction, la reconnaissance optique de caractères ou tout autre domaine nécessitant de disposer d'importantes quantités de texte, n'hésitez pas à nous contacter. Nous encourageons pour la réalisation de ce type de travaux l'utilisation des ouvrages et documents appartenant au domaine public et serions heureux de vous être utile.

+ *Ne pas supprimer l'attribution* Le filigrane Google contenu dans chaque fichier est indispensable pour informer les internautes de notre projet et leur permettre d'accéder à davantage de documents par l'intermédiaire du Programme Google Recherche de Livres. Ne le supprimez en aucun cas.

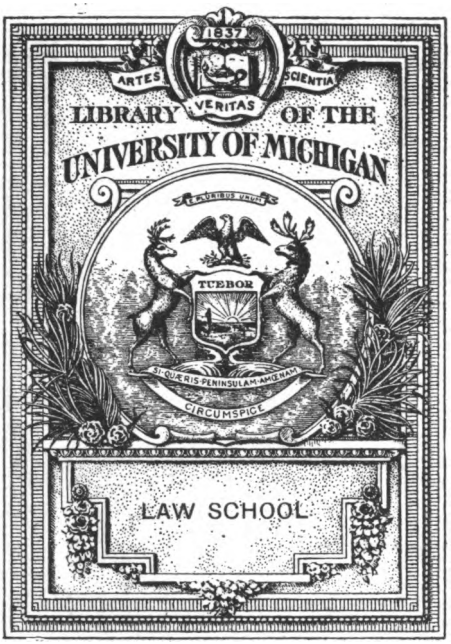
+ *Rester dans la légalité* Quelle que soit l'utilisation que vous comptez faire des fichiers, n'oubliez pas qu'il est de votre responsabilité de veiller à respecter la loi. Si un ouvrage appartient au domaine public américain, n'en déduisez pas pour autant qu'il en va de même dans les autres pays. La durée légale des droits d'auteur d'un livre varie d'un pays à l'autre. Nous ne sommes donc pas en mesure de répertorier les ouvrages dont l'utilisation est autorisée et ceux dont elle ne l'est pas. Ne croyez pas que le simple fait d'afficher un livre sur Google Recherche de Livres signifie que celui-ci peut être utilisé de quelque façon que ce soit dans le monde entier. La condamnation à laquelle vous vous exposeriez en cas de violation des droits d'auteur peut être sévère.

À propos du service Google Recherche de Livres

En favorisant la recherche et l'accès à un nombre croissant de livres disponibles dans de nombreuses langues, dont le français, Google souhaite contribuer à promouvoir la diversité culturelle grâce à Google Recherche de Livres. En effet, le Programme Google Recherche de Livres permet aux internautes de découvrir le patrimoine littéraire mondial, tout en aidant les auteurs et les éditeurs à élargir leur public. Vous pouvez effectuer des recherches en ligne dans le texte intégral de cet ouvrage à l'adresse `http://books.google.com`

Digitized by Google

K21 .C725x



Digitized by Google

FL2
R46
C934
Stor
93837

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

REVUE CRITIQUE

DE

LÉGISLATION

ET DE

JURISPRUDENCE.

Digitized by Google

Paris. — Imprimé par E. Thunot et Cᵉ, rue Racine, 26.

Digitized by Google

UNIV. OF MICH. LAW LIBRARY

REVUE CRITIQUE

DE

LÉGISLATION

ET DE

JURISPRUDENCE

PAR MM.

TROPLONG
Premier président à la Cour de cassation, Membre de l'Institut.

L. WOLOWSKI
Membre de l'Institut.

PAUL PONT
Docteur en droit, Conseiller à la Cour impériale de Paris.

ANCIENS DIRECTEURS DE LA REVUE CRITIQUE ET DE LA REVUE DE LÉGISLATION;

FAUSTIN HÉLIE
Membre de l'Institut, Conseiller à la Cour de cassation.

NICIAS GAILLARD
Président de chambre à la Cour de cassation.

DE VALROGER
Professeur de l'histoire du droit à la Faculté de Paris.

COIN-DELISLE
Avocat à la Cour impériale de Paris.

AVEC LA COLLABORATION DE MM.

DELANGLE
Ministre de la Justice.

DE ROYER
Vice-président du Sénat.

ROULAND
Ministre de l'Instruction publique.

DEMOLOMBE
Doyen de la Faculté de droit de Caen.

CH. GIRAUD
Membre de l'Institut et Professeur à la Faculté de droit de Paris.

ORTOLAN
Professeur de législation pénale comparée à la Faculté de droit de Paris.

FL. MIMEREL
Avocat au Conseil d'État, à la Cour de cassation et du Ministère de l'intérieur.

MOLINIER
Professeur à la Faculté de droit de Toulouse.

E. LABOULAYE
Membre de l'Institut, Professeur au collége de France. Docteur en droit.

KŒNIGSWARTER
Membre correspondant de l'Institut.

G. DUFOUR
Président de l'Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation.

POUR LA PARTIE ÉTRANGÈRE

M. BERGSON
Docteur en droit, Correspondant de l'Académie de législation de Toulouse, ancien Co-Directeur de la Revue de droit français et étranger.

TOME XVIII. — 11me ANNÉE.

119429

PARIS,

COTILLON, ÉDITEUR, LIBRAIRE DU CONSEIL D'ÉTAT,

Au coin de la rue Soufflot, 23.

1861

Digitized by Google

Digitized by Google

REVUE CRITIQUE

DE LÉGISLATION

ET DE JURISPRUDENCE.

EXAMEN DOCTRINAL

De la Jurisprudence des arrêts sur les cautions des contraignables par corps.

Par M. Coin-Delisle, avocat à la Cour impériale de Paris.

DEUXIÈME ARTICLE [1].

SOMMAIRE.

25. Le donneur d'aval sur lettre de change est soumis à la contrainte par corps. — L'aval est acte de commerce. — Il ne faut point le confondre avec le cautionnement, et pourquoi ?
26. L'aval mis sur la lettre et l'aval séparé produisent les mêmes effets.
27. Questions : si le mot *aval* est nécessaire sur un acte séparé, et si les mots « *je cautionne* » étant seuls sur la lettre de change produisent la contrainte par corps ?
28. Le mot *aval* ou des équivalents plus forts que *je cautionne* nous semblent nécessaires sur l'acte séparé.
29. Les seuls mots « *je cautionne* » mis sur la lettre de change semblent offrir une idée différente des mots *pour aval.*
30. *Quid* de la garantie sous forme d'un *passé à l'ordre?*
31. Si un aval postérieur à l'échéance de la lettre de change produit la contrainte par corps.
32. Suite.
33. Transition à l'aval écrit sur les billets à ordre et sur les lettres de change réputées simples promesses.
34. Dans quels cas doit être contraignable par corps le non-commerçant donneur d'aval garantissant l'effet d'une signature sur une lettre de change réputée simple promesse? — Le Code traite sous un même titre de la lettre de change vraie et de la lettre de change simulée. — Ce que c'est que simple promesse.

[1] V. tome XVII, page 385.

Digitized by Google

35. Suite. — Point de contrainte par corps. Le donneur d'aval, qui aura garanti le tireur ou l'accepteur au préjudice de qui la simulation a été faite, ne sera pas contraignable par corps.
36. Ni celui qui aura garanti l'effet de la signature d'une femme ou fille non commerçante, ou d'un mineur non commerçant.
37. Que les diverses hypothèses parcourues dans les numéros ci-dessus expliquent d'elles-mêmes le sens des mots « *par les mêmes voies.* »
38. Les tiers porteurs ne doivent pas traiter d'injuste la loi qui leur refuse la contrainte par corps, tant contre les victimes de la supposition, majeurs, femmes, filles et mineurs non commerçants, que contre leur donneur d'aval.
39. Si un simple particulier qui a reçu une lettre de change postérieurement au vice qui peut la faire déclarer simple promesse, et qui la négocie à un autre tiers porteur sous la foi de l'aval d'un tiers, sera ou non contraignable par corps ainsi que son donneur d'aval ?
40. Développements. Les lettres de change réputées simples promesses ne sont pas converties en billets à ordre et fonctionnent comme vraies lettres de change entre les mains des personnes à qui elles parviennent par la voie de la négociation.
41. Objections.
42. Les mots *simples promesses* sont de leur nature relatifs au promettant.
43. On ne peut argumenter de ce que les articles 113 et 114 contiennent les mots « *à leur égard,* « ni de ce que l'article 112 n'a point usé de cette expression.
44. L'article 637 n'est qu'une loi de compétence. — Analyse de l'article 636. — Conséquences.
45. Différences grammaticales et morales pour la compétence entre les lettres de change réputées simples promesses et les billets à ordre. — Conséquences.
46. Explication de la rédaction complexe de l'article 637.
47. Conclusion : L'endosseur et le donneur d'aval, postérieurs à la simulation, sont contraignables par corps.
48. Exception pour les mineurs, femmes et filles non commerçants qui transmettent une lettre de change, simulée ou non, par voie d'endossement. — Ces personnes ne sont point contraignables par corps, elles ni leurs donneurs d'aval.
49. Que le donneur d'aval sur billet à ordre est ou non contraignable par corps, selon que le garanti est ou non contraignable par corps.
50. Arrêts contraires.
51. Première cause d'erreur dans la confusion entre l'aval et le cautionnement.
52. Seconde cause d'erreur dans une fausse intelligence des articles 187, 636, 637 et 638 du Code de commerce.
53. Suite. — Le billet à ordre est commercial de sa nature, et le donneur d'aval qui garantit la négociation commerciale que fait un commerçant d'un billet à ordre, fait acte de commerce et se trouve contraignable par corps.
54. Bizarrerie d'un système qu'on ne pourrait appliquer à l'aval par acte séparé.

Digitized by Google

55. Que l'aval ne fait pas partie intégrante de la lettre ou du billet, et que le donneur d'aval n'en est pas réputé signataire. Autorités.
56. On ne peut confondre dans l'interprétation les lois de compétence avec les lois qui règlent le fonds du droit.
57. Explication de l'article 187 du Code de commerce.
88. L'article 3 de la loi du 17 avril 1832 n'infirme pas notre opinion.

25. Dans l'état actuel de notre législation comme sous l'ancienne, le véritable aval de lettre de change est un *acte de commerce* de la part du donneur d'aval, même non commerçant; il produit donc à sa charge une *dette commerciale* au profit de tous les porteurs subséquents, et, par voie de conséquence, la contrainte par corps.

M. Troplong nous le dit en ces termes (*Contrainte par corps*, n° 404) : « L'aval apposé sur une lettre de change par un non-« négociant *équivaut* à un acte de commerce et en produit les « effets. Il soumet le donneur d'aval aux mêmes obligations que « les tireurs et endosseurs, et l'article 142 du Code de commerce « le déclare tenu par les mêmes voies. En prenant la forme d'a-« val pour cautionner, le fidéjusseur s'est soumis formellement « à la contrainte par corps tout aussi bien que s'il s'y était sou-« mis par une déclaration expresse (arg. de l'art. 2060, § 5°, « C. Nap). *Eadem vis est expressi ac taciti.* »

Dans ce passage si parfait un seul mot nous fait de la peine, le mot *équivaut*. Il nous a paru trop timide. Nous dirions hardiment : l'aval EST UN ACTE DE COMMERCE, par cela même que l'*aval* est un contrat d'origine commerciale (n° 17), inventé pour aider à la négociation de la lettre de change et des autres effets négociables. Il existait comme contrat commercial, bien longtemps avant le Code civil.

L'article 1107 du Code civil nous avertit que tous contrats, même les contrats commerciaux, sont soumis aux règles générales du titre *Des Obligations* au Code civil, et que les règles particulières aux transactions commerciales sont établies *par les lois relatives au commerce*. Cet article 1107, qu'on néglige trop souvent dans l'interprétation, nous avertit d'un côté que toutes les transactions commerciales auront le droit civil pour base; que les lois commerciales ne doivent en régler que les exceptions au droit commun, et d'un autre côté, que les contrats commerciaux seront, pour leurs différences avec le droit civil, réglés par les lois commerciales subsistantes au temps du

Digitized by Google

Code civil jusqu'à la promulgation d'un Code de commcerce.

De ce nombre était l'aval : il se trouvait être réglé législativement par l'ordonnance de 1673.

Vint le Code de commerce en 1808. Il n'avait pas à définir l'aval plus qu'il n'a défini la lettre de change. L'aval était un contrat commercial bien connu et limité dans ses effets par l'ordonnance. Le Code n'a donc eu qu'à le permettre et à en régler les effets particuliers. L'aval est l'intervention d'un tiers pour garantir l'effet de la signature de celui qui vend la lettre de change. Le donneur d'aval devient le garant envers tous les porteurs subséquents de l'effet de l'opération de change qui se fait sous sa garantie. Il fait donc acte de commerce en se mêlant volontairement au contrat de change, dans lequel la loi le présume intéressé, même s'il n'est pas commercant de profession.

En vain dit-on que l'aval n'est *qu'un cautionnement*. Nous convenons que l'aval emprunte une partie de ses effets au contrat de cautionnement, que tous les auteurs anciens et modernes se servent de ce mot, et que certains auteurs ont été jusqu'à dire : *l'aval n'est rien qu'un cautionnement*. Mais quand cela serait, ce cautionnement serait au moins un cautionnement commercial; il aurait des effets que ne peut donner le cautionnement civil : par exemple, celui d'être transmissible à tous les porteurs subséquents par la voie des ordres apposés depuis sur la lettre. Donc, il y a de la différence et une différence toute commerciale entre l'aval et le cautionnement.

Oui, l'on est forcé souvent dans le langage de se servir d'un mot pour l'autre, de *cautionnement* pour *aval*, comme on peut se servir souvent du mot *mandat* pour celui de *commission*. Mais cela n'empêche pas que la commission commerciale n'ait ses différences avec le mandat civil. Il en est de même en notre matière.

Le Code n'a dit nulle part que l'aval fût un cautionnement. Son langage a une portée moins restreinte. Il a dit que la lettre de change peut être *garantie* par un aval, par qui et comment cette *garantie* peut être fournie. Pourquoi, quand le législateur se sert du mot *garantie*, voulons-nous y substituer un autre mot? Le mot *garantie* est le nom du genre; les mots cautionnement, aval, nantissement, consignation, hypothèque, privilége, assurance, etc., sont des noms d'espèces : pourquoi rétrécir

Digitized by Google

l'idée du mot légal par l'idée d'une espèce qui n'a rien de commercial ?

C'est, dira-t-on, un contrat accessoire, qui n'est pas de l'essence de la lettre de change !.... C'est vrai, mais il n'est pas contraire à la nature de la lettre de change, et circule en même temps.

D'ailleurs, s'il a été ajouté au contrat de change parce qu'il a été exigé, la négociation n'a été faite que sous la condition de cette garantie, la promesse du garant est donc la cause commerciale et déterminante de l'opération principale.

L'aval est donc de soi-même un acte de commerce, et produit une dette commerciale. Le donneur garantit plutôt le fait d'acceptation et la réalisation du payement, qu'il ne garantit la personne du tireur ou de l'endosseur.

Au surplus, quand on se bornerait à dire avec M. Troplong *l'aval équivaut à un acte de commerce*, on n'en devrait pas moins obtenir la contrainte par corps contre le non-commerçant donneur d'aval, par l'excellente raison qu'en prenant la forme de l'aval, il s'est soumis virtuellement à la contrainte par corps prononcée par l'article 142 ; de plus, on ne pourrait pas même invoquer la restriction faite par la loi de 1832 de la contrainte par corps aux dettes commerciales, par la raison que cette loi n'a pas abrogé généralement les autres lois sur la contrainte par corps. Elle n'a abrogé, par son article 46, que des lois spéciales qui toutes y sont datées et désignées ; elle a donc conservé dans leur intégrité légale les articles 148, 142 et 187 du Code de commerce, et conservé la force des termes, *par les mêmes voies*, de l'article 142.

Mais nous croyons plus vrai et plus conséquent aux principes de voir dans l'aval d'une lettre de change un acte réel de commerce, même pour un non-commerçant.

26. Puisque l'aval est acte de commerce et produit dette commerciale, même contre le non-commerçant, on ne saurait trop scrupuleusement aujourd'hui déterminer ce qui est aval et le discerner de ce qui est simple cautionnement ou autre garantie.

Par innovation à l'ordonnance de 1673, le Code de commerce fait produire la contrainte par corps à l'aval *mis* sur la lettre de change et à l'aval *par acte séparé*. Il permet textuellement ces deux formes et leur donne les mêmes effets.

Digitized by Google

27. Pas de doute que l'aval ne soit un acte de commerce parfait par l'apposition des mots *pour aval* et par la signature du donneur, soit sur le titre, soit sur la copie; pas de doute non plus que, sur le titre, la simple signature du garant ne soit suffisante. — C'était l'ancien droit : il convient à la rapidité des actes de commerce.

De là ces questions : Le mot *aval* est-il nécessaire sur un acte séparé? Et les mots *je cautionne*, ou autres équivalents écrits sur la lettre de change, entraîneraient-ils la contrainte par corps contre le signataire non commerçant?

28. Le mot *aval* n'était pas regardé comme nécessaire sous la loi de l'an VI et sous le Code de commerce, puisqu'on appliquait alors la contrainte par corps à toutes les promesses *de fournir et de garantir* (V. n° 24) les lettres de change, même celles d'autrui, créées ou à créer (*Rejet*, 24 *juin* 1816; *Bourges*, 9 *avril* 1824). Alors il importait peu de distinguer entre l'aval et le cautionnement; mais aujourd'hui qu'il faut absolument que la dette soit commerciale pour entraîner la contrainte par corps, et que la jurisprudence constante est de décharger de la contrainte par corps les non-commerçants qui ont cautionné les commerçants par des actes formels de cautionnement (V. le § 11), il nous semble qu'il faut y regarder de plus près.

Ainsi, tout en convenant que la loi n'impose pas de formes précises à l'aval, et que par conséquent le mot n'est pas sacramentel, nous pensons que, si l'acte est séparé, les termes en doivent être assez formels, surtout quand il émane d'un non-commerçant, pour qu'on puisse y distinguer s'il s'agit d'un simple cautionnement ou d'un aval, et si le signataire se soumet à la contrainte par corps.

Certes, quand le signataire aura dit qu'il cautionne telles lettres de change comme s'il en était tireur ou endosseur, ou qu'il les cautionne commercialement et comme si c'était sa propre affaire, ou qu'il s'engage comme s'il était débiteur principal; ce sera aux magistrats, et même à la Cour de cassation (V. ci-dessus, n° 7), à décider si l'intelligence de la phrase prouve la volonté d'avoir fait un aval ou un simple cautionnement; et ce qu'il y aura de plus conforme à la vérité légale et à la faveur de la liberté, en cas de doute sur le sens de l'acte, sera l'application de l'article 1162 du Code Napoléon à l'interprétation.

Digitized by Google

Donc, en thèse générale, le mot *aval* est nécessaire dans l'acte séparé si les effets de l'aval n'y sont pas décrits.

29. La solution de cette première question entraîne pour nous la solution de la seconde; quand un non-commerçant *écrit sur* la lettre de change : « *Je cautionne* le tireur » sans autre explication, doit-on prononcer contre lui la contrainte par corps?

Non! car, s'il eût voulu souscrire un aval, ou il se serait servi du terme spécial, ou il aurait ajouté des termes complétifs de sa pensée.

La Cour de cassation a jugé le 15 thermidor an IX, par rejet, que ces mots : « *nous garantissons le présent billet,* » écrits sur le billet même en 1793, étaient, non un aval, mais une simple garantie n'entraînant pas la solidarité. — A cet arrêt, on peut joindre l'arrêt de la grand-chambre du 23 février 1760 cité ci-dessus, n° 21.

Mais cette jurisprudence a été abandonnée sous l'influence de l'idée de cautionnement : Les auteurs se rattachent à cette idée; les arrêts antérieurs à 1832 s'y rattachent aussi. Nous ne nous arrêterons qu'à un arrêt de Riom du 26 juillet 1822, parfaitement rédigé, qui porte : « Donner aux mots *pour caution* « apposés avec signature au pied d'une lettre de change UNE « AUTRE ENTENTE qu'aux mots *pour aval* serait s'éloigner de « cet esprit de bonne foi, d'exécution prompte, de marche « simple et dégagée des formalités multipliées du droit civil, « qui anime le législateur et que commandent en général les « affaires commerciales : car la foi publique serait évidem- « ment trompée, si le mot unique *cautionnement,* sans modifi- « cation ni réserve au pied d'une lettre de change, n'était point « le synonyme du mot *aval* et ne conférait pas au porteur les « mêmes droits que l'aval qui, dans les usages commerciaux, « se fournit même par la simple signature en blanc de la cau- « tion à côté de celle des termes ou endosseur. »

Ce double point de départ est-il vrai? ne serait-il pas une pétition de principe dans sa première branche, et une fausse déduction d'un fait dans la seconde? La question est précisément de savoir si les mots *pour caution* offrent la même idée que les mots *pour aval.* La première raison que donne l'arrêt, est qu'en refusant une synonymie parfaite aux deux locutions, on blessera la bonne foi; mais on répond que la synonymie

Digitized by Google

n'est pas complète, et qu'en prononçant le par corps, le juge blessera et la liberté individuelle en donnant au mot *caution* le même sens que *donneur d'aval* et le principe général que la soumission d'une caution à la contrainte par corps doit ressortir des termes de son engagement. C'est donc une pétition de principe. D'ailleurs, il y a oubli de l'article 1107 et de l'article 1162 du Code Napoléon, suivant lesquels les règles d'interprétation des contrats commerciaux et des contrats civils sont les mêmes, à moins de dérogation dans les lois commerciales. De plus, la déduction tirée de cet usage en fait, que la simple signature à côté de celle du tireur valait *aval*, est une déduction fausse, parce que le fondement de l'usage est que sans aucune écriture, les mots *pour aval* sont sous-entendus. Ils doivent donc cesser de l'être, quand un simple particulier, au lieu de rien laisser sous-entendre, exprime formellement qu'il veut être *caution* et répudie les mots *pour aval*. L'accusation de mauvaise foi n'est pas plus sérieuse, car les endosseurs subséquents ne peuvent être abusés par les mots *pour caution :* ils ont dû y voir une idée différente de celle qu'auraient exprimée les mots *pour aval*.

Donc, en résultat, les mots « *pour caution* » sans addition, n'engagent pas par corps le non-commerçant, même quand ils sont placés sur la lettre de change ; mais nous répétons que les additions peuvent leur donner une autre étendue, et que l'interprétation des Cours souveraines en cette matière est soumise à la Cour de cassation à cause de l'art. 2063 du Code civil.

30. On regarde généralement comme aval entraînant contrainte par corps, même contre le non-commerçant, un *passé à l'ordre* qu'il mettrait sur une lettre de change à lui étrangère, au profit de celui qui lui a demandé de la lui garantir.

Les recueils offrent deux arrêts sur cette question.

Perret souscrivit deux billets à l'ordre de Laroche. — Pailleux et Moulin mirent au dos et à la date de la souscription : « *Payez à l'ordre de M. Laroche.* » A l'échéance, Perret ne paya pas. Pailleux remboursa Laroche sans protêt, et recourut contre Moulin comme codonneur d'aval. Un arrêt de Lyon du 1er juin 1817 décida que cet endossement constituait *un aval*, et le pourvoi fut rejeté par arrêt de la chambre des requêtes du 30 mars 1819. Mais la Cour de cassation a-t-elle donc jugé que l'endossement signé par celui qui n'est ni souscripteur ni bé-

Digitized by Google

néficiaire d'un billet est nécessairement un aval? Pas le moins du monde. Il est vrai que dans l'arrêt on trouve ces mots « que la loi ne soumet les avals à aucune formalité spéciale; » mais on y lit aussi « que les engagements qualifiés d'aval par « l'arrêt attaqué *n'étaient pas produits*, et que l'arrêt, consta- « tant que Pailleux et Moulin avaient apposé conjointement et « simultanément leurs signatures au dos des billets, avait pu en « induire l'existence d'un aval sans contrevenir à aucune loi. » De là cette conséquence, mentalement retenue, que la Cour de cassation n'a pas voulu se prononcer sur l'effet de prétendus endossements *qu'on ne produisait pas devant elle*, et regardait seulement comme avoué et constaté par l'arrêt déféré, le fait des deux signatures portées simultanément sur le titre comme preuve suffisante d'un aval donné en commun. Il paraît d'ailleurs que les signataires étaient commerçants.

L'arrêt de la Cour de cassation ne fait donc point faire un pas à la question. Il y est inutile. De ce que « *la loi ne soumet les avals à aucune formalité spéciale*, » on ne peut pas conclure que toute garantie d'effets de commerce soit *aval*, quels qu'en soient les termes, ni surtout que cet aval entraîne le *par corps*.

Le second arrêt ne porte même pas sur un billet à ordre, mais sur un billet simple souscrit par un sieur Gailhard à la dame Villeneuve. Plus d'un an après la date de ce billet et deux ans avant l'échéance, M. de Puységur écrivit au dos de ce billet : « Payez à l'ordre de Mme Villeneuve, valeur reçue comptant, *data et signa*. Ce ne voulait pas dire qu'il eût reçu une somme de cette dame; mais la Cour vérifia qu'en rédigeant et signant cette singulière rédaction, M. de Puységur avait eu l'intention de cautionner le payement à faire par le sieur Gailhard, envers les créanciers duquel il avait déjà pris des engagements; elle déclara donc qu'il n'y avait ni endossement ni aval, puisque le titre principal n'étant ni lettre de change ni billet à ordre, n'était susceptible ni d'endossement ni d'aval; mais en même temps elle jugea qu'il y avait cautionnement simple et valable d'après les circonstances du fait (*Bordeaux*, 17 *juin* 1852).

Cependant des motifs de l'arrêt on peut induire que, Gailhard souscripteur étant commerçant, la Cour de Bordeaux aurait jugé qu'il y avait aval si le billet eût été à ordre : car on trouve dans

Digitized by Google

les motifs la phrase : « *L'aval n'est soumis à aucune forme spéciale.* »

Mais si ces arrêts ne sont pas concluants sur la question, nous n'en pensons pas moins que si un commerçant, ou même un non-commerçant, garantit le payement d'une lettre de change par un *passé à l'ordre*, cela vaut aval et entraîne la contrainte; car le signataire a exprimé qu'il voulait donner au tiers porteur la solidarité et les voies de contrainte que la loi lui donne contre tout endosseur de lettre de change.—Nous n'exceptons que le cas où cette accession aurait été surprise.

Par la même raison, s'il s'agit d'un billet à ordre, et que le souscripteur ou l'endosseur, dont la signature est ainsi garantie par l'insolite *passé à l'ordre*, soit un commerçant agissant ou censé agir commercialement, le non-commerçant qui l'aura signé sera engagé par corps, comme nous l'avons dit du donneur d'aval, n° 1..., 5°.

Au contraire, si la signature ainsi garantie dans le billet à ordre émane d'un non-commerçant ou d'un commerçant qui aurait donné une cause civile à son engagement, la contrainte par corps ne pourra pas être prononcée, parce que, dans ces deux cas, le souscripteur ni l'endosseur ainsi garantis ne sont pas eux-mêmes contraignables.

31. Un aval postérieur à l'échéance de la lettre de change, produit-il la contrainte par corps?

D'après ce que nous avons dit, n° 13, n° 15 et surtout n° 29, où nous croyons avoir démontré que « *tout cautionnement* de lettre de change n'est pas *nécessairement* un aval, » le lecteur pressent que nous n'entendons pas parler du cas où soit le commerçant, soit le non-commerçant, entièrement étrangers à l'affaire et n'agissant que pour rendre service au débiteur, n'aurait pas employé le mot *aval* et aurait dit seulement : « Je *cautionne* ou je *garantis* personnellement « que telle lettre de « change échue sera payée à telle époque. » Il nous paraît certain qu'en ce cas *cautionner* ou *garantir* personnellement le payement d'une lettre de change échue n'est point la garantie par aval.

Si, au contraire, la caution commerçante ou non a un intérêt commercial en jeu, si elle est l'associé du débiteur, si la lettre a été créée dans son propre intérêt, si elle a pris avec le débiteur des arrangements commerciaux pour faire elle-même les

Digitized by Google

fonds aux nouveaux termes fixés, et que le porteur de la lettre de change établisse le fait en cas de non-payement à ce terme nouveau, en vain la caution argumentera-t-elle des mots « *je cautionne.* » Il ne s'agira plus alors de savoir si c'est un aval proprement dit, mais si ce n'est pas le cautionnement intéressé d'une lettre de change, et par conséquent un acte de commerce et une dette commerciale à remplir par la caution participant à la dette, qui produit contre elle contrainte par corps par la nature de sa dette, comme nous l'avons dit n° 1, §§ 2° et 4° et n° 10.

32. Nous voulons donc parler du cas où la caution commerçante ou non, bienfaitrice ou non, s'est servie du mot *aval* pour caractériser l'acte de cautionnement après échéance. Or, dans ce cas spécial (et sauf la surprise ou l'erreur judiciairement démontrées), il faut prendre les mots pour ce qu'ils sont et pour ce qu'ils valent, et prononcer la contrainte par corps contre la caution.

Pourquoi? Parce que le terme d'*aval* indique par sa propre énergie que celui qui garantit la lettre échue se soumet à être tenu solidairement et *par les mêmes voies* que les tireur ou endosseur; parce qu'ainsi la déclaration qu'on donne aval d'une lettre de change échue est en soi l'exécution de l'article 2060, § 5°, qui permet aux cautions des contraignables par corps de se soumettre elle-même à cette contrainte. L'échéance a laissé subsister la contrainte par corps contre le débiteur principal; donc, celui qui déclare ensuite donner *aval* pour un nouveau terme ne fait qu'user d'une faculté légale en employant le mot *aval* et en rejétant le mot « *je cautionne.* » En vain dirait-on que l'aval paraît avoir été inventé pour faciliter la négociation du papier à mettre sur la place. Qu'importe? De ce qu'une espèce de garantie aurait été inventée pour un usage déterminé, cela n'empêche pas l'usage de l'étendre à un cas analogue, l'article 141 du Code de commerce ne faisant aucune distinction entre les lettres échues et les lettres à échoir. De plus, refuser la contrainte par corps contre le donneur d'aval postérieur à l'échéance serait, non-seulement distinguer où la loi n'a pas distingué, mais encore entraver des conventions utiles que les commerçants font entre eux daus les moments de crise. En vain nous opposerait-on que nous avons dit qu'en général on ne devait pas condamner par corps la caution d'un concordat

Digitized by Google

(V. le n° 13), ni celle (V. le n° 15), qui intercédait dans une transaction sur une affaire maritime alors consommée ; car, dans ces deux cas, les mots « je cautionne » n'entraînent pas par eux-mêmes une idée de soumission à la contrainte par corps, tandis que dans les mots « je réponds *par le présent aval* de telle lettre de change échue, » les mots *par aval* rappellent que le nouvel engagé sera tenu *par les mêmes voies* que celui pour lequel il contracte, d'après les termes de l'article 142.

33. Pendant que nous parlons de l'aval écrit sur le titre même, nous nous occuperons ici de l'aval mis sur les billets à ordre et sur les lettres de change réputées simples promesses. Nous en avons déjà parlé en général n° 24.

34. Commençons par examiner dans quel cas doit être contraignable par corps le donneur d'aval non commerçant qui garantit l'effet d'une signature sur une lettre de change réputée simple promesse : nous en expliquerons plus facilement ensuite la vraie doctrine sur l'application de la contrainte par corps aux avals des billets à ordre où se trouvent des signatures de commerçants et de non-commerçants.

Le Code traite, sous un même titre, de la lettre de change *vraie* et de la lettre de change *simulée*, qui n'a de la vraie lettre de change que l'apparence physique et n'est que simple promesse.

L'article 110 et l'article 111 règlent la forme constitutive de la lettre de change.

L'article 112 détermine quelles suppositions altèrent le caractère de la lettre de change et n'en font qu'une simple promesse ;

L'article 113 que la signature des femmes et filles non négociantes ou marchandes publiques sur lettres de change ne vaut, *à leur égard*, que comme simple promesse ;

Et l'article 114 que les lettres de change souscrites par des mineurs non négociants sont nulles *à leur égard*, sauf les droits respectifs des parties, conformément à l'article 1312 du Code civil.

D'un autre côté, l'article 637, au titre *De la Juridiction commerciale*, porte : » Lorsque les lettres de change *qui ne seront « réputées que simples promesses, aux termes de l'article* 112 et « les billets à ordre porteront en même temps des signatures « d'individus *négociants* et d'individus *non négociants*, le tribu-

Digitized by Google

« nal de commerce en connaîtra ; mais il ne pourra prononcer « la contrainte par corps contre les individus non négociants, « à moins qu'ils ne se soient engagés à l'occasion d'opération « de commerce, trafic, banque on courtage. »

Ce qu'on entend par les mots « *simples promesses*, » ce sont les promesses purement civiles, qui devraient, en principe, n'être jugées que par la *juridiction civile*, et non par une *juridiction d'exception*.

Les mots « *simples promesses* » ne sont pas nouveaux et le sens en était fixé par l'article 3 du titre 12 de l'ordonnance de 1673 : « Défendons aux juges et consuls (quoiqu'ils puissent « connaître de tous billets de change entre négociants et mar- « chands, ou dont ils devront la valeur), de connaître des bil- « lets de change entre particuliers, autres que négociants et « marchands ou dont ceux-ci devront la valeur. Voulons que « les parties se pourvoient par-devant les juges ordinaires, « ainsi que pour SIMPLES PROMESSES. »

35. A la différence de cet ancien droit, les actions en payement pour lettres de change *réputées simples promesses aux termes de l'article* 112, portées devant le tribunal de commerce contre les commerçants qui les ont signées comme endosseurs, tireurs ou accepteurs, et contre les non-commerçants qui les auraient signées comme tireurs ou accepteurs, ne peuvent être détournées de la juridiction commerciale par un déclinatoire, mais le tireur ou accepteur non commerçant qui prouvera l'une des suppositions prévues par l'article 112 faite à son préjudice, ne pourra être condamné par corps.

Il en sera de même pour le donneur d'aval, commerçant ou non commerçant, qui aura garanti par sa signature le non-commerçant, tireur ou accepteur..... Il ne sera pas contraignable par corps, non à cause de l'article 637 seulement, mais à cause de sa combinaison avec l'article 142, et la décharge de la contrainte par corps prononcée au profit du tireur ou accepteur non commerçant s'étendra au donneur d'aval.

36. Si une femme, veuve ou autorisée de son mari, ou une fille majeure, non commerçante, est tireur ou accepteur d'une lettre de change, la lettre de change est simple promesse *à son égard*, suivant l'article 113. Aucune d'elles ne pourra être condamnée par corps, quoiqu'elle demeure justiciable du tribunal de commerce, s'il y a des défendeurs commerçants.

Digitized by Google

L'article 637, comme l'article 636, ne vise que l'article 112; mais quand une femme ou fille non commerçante souscrit, au mépris de l'article 113, une acceptation de lettre de change ou la lettre elle-même qu'elle tire sur autrui, elle souscrit un acte qu'elle n'a qualité ni pouvoir de faire, puisqu'elle ne peut que faire une simple promesse, une promesse civile. Or, comme la présomption pour les tiers porteurs est que la lettre de change est vraie, il en résulte que la signature est par eux présumée signature d'une personne capable de souscrire une lettre de change : donc, quoique implicitement, il y a dans la confection de la lettre pour les tiers porteurs, la supposition *de qualité* prévue par l'article 112.

Nous dirons donc pour les donneurs d'aval de la femme ou de la fille non commerçante ce que nous venons de dire pour les donneurs d'aval des tireur et accepteur quand ils garantissent la signature du non-commerçant victime d'une supposition ; en vertu de l'article 142, ils sont déchargés de la contrainte par corps.

Allons plus loin : une femme ou fille non commerçante peut recevoir valablement en payement une lettre de change en cours de circulation. Si elle la transmet par endossement, soit seule, comme veuve ou fille majeure, soit avec l'autorisation maritale, si elle est mariée, et que son endossement soit revêtu d'un aval, le donneur d'aval, en vertu de l'article 142, n'est tenu que solidairement et par les voies de droit comme la femme garantie.

Passons à l'article 114 qui déclare *nulle* à leur égard les lettres de change souscrites par des mineurs non négociants.

Par ces mots *souscrites*, il paraît que le Code entend la signature apposée par le mineur non commerçant, soit sous l'acceptation, soit sous la lettre tirée par lui, soit sous son endossement au profit d'un tiers.

La loi ne traite plus ici la lettre de change de simple promesse.

Cependant il y aura des cas où elle peut valoir comme simple promesse contre le mineur : ce sera quand l'entière valeur de l'engagement aura tourné à son profit (C. Nap. 112). Alors une fin de non-recevoir s'élève invinciblement contre la demande en nullité de l'engagement civil, la nullité n'affecte plus que la forme de la lettre de change qu'un mineur était in-

Digitized by Google

capable d'adopter; la signature qu'aurait apposée le mineur à la lettre qu'il aurait tirée ou à son acceptation serait donc une supposition implicite *de la qualité* de majeur, et ferait rentrer le fait dans la même catégorie que le fait de la femme ou fille non marchande publique qui se tait sur sa qualité civile dans son acceptation.

Quel sera le sort du donneur d'aval, commerçant ou non commerçant, qui aura garanti l'effet de la signature du mineur?

Que le mineur n'ait pas profité, le donneur d'aval sera déchargé en même temps que le mineur. Tout contrat de garantie est anéanti par la nullité du fond (*arg. des art.* 2012 *et* 2180, § 1°, *C. Nap.*).

Si les deniers n'ont profité au mineur que pour partie, le donneur d'aval sera tenu pour cette partie. A plus forte raison, dans le cas où le mineur aurait profité du tout, le donneur d'aval sera tenu du tout (arg. de l'art. 2012, § 2, C. Nap.).

Mais dans aucun de ces cas, qu'un mineur non commerçant, soit accepteur, tireur ou endosseur, le donneur d'aval, même commerçant, ne sera pas contraignable par corps.

37. L'énonciation de ces diverses hypothèses prouve d'une manière évidente le sens des mots : « tenu solidairement et *par les mêmes voies que les tireurs et endosseurs.....* » Si la lettre de change est parfaite en tout, le donneur d'aval sera tenu par les voies de droit et même par corps, comme les tireur et endosseurs qu'il garantira, lesquels sont contraignables par corps, même s'ils ne sont pas négociants; mais si la lettre de change est accidentellement réduite à l'état de simple promesse par l'une des suppositions prévues à l'art. 112, ou qu'un incapable du contrat de change y passe un endossement, celui qui aura donné aval pour la signature de l'un de ceux qui sont victimes de la supposition de lieux, ou pour les incapables de souscrire une lettre de change, ne sera comme eux tenu que *par les voies de droit seulement*, et non par corps.

38. On comprend que, quand une lettre de change est réputée simple promesse par l'effet d'une supposition, quoique réunissant extérieurement pour les tiers porteurs futurs tous les éléments de la vraie lettre de change, la fraude de l'usurier qui s'est fait faire une telle lettre de change doit être punie en ce qu'il n'obtiendra pas la contrainte par corps contre le non-commerçant, majeur ou mineur, femme ou fille, ni contre leur

Digitized by Google

donneur d'aval, tenue par les mêmes voies que celui dont il a garanti la signature.

Mais on doute de la justice de la loi à l'égard des tiers porteurs, qui, dans la rapidité des transactions commerciales, n'ont ni le temps ni les moyens de connaître la profession ou la capacité des tireurs, accepteurs ou endosseurs de lettre de change.

Cependant c'est loin d'être injuste. Ce ne sont pas les signatures qu'il ne connaît pas qui déterminent le vrai négociant à prendre du papier contre de l'argent; c'est la signature du cédant et les autres signatures qu'il connaît. Les signatures inconnues n'offrent pour lui qu'un surcroît éventuel de garantie. La faveur du commerce doit donc cesser là où un Français a engagé sa liberté sous une forme mensongère. Le tiers porteur n'a donc contre les tireur et accepteur non négociants d'une lettre de change réputée simple promesse, et par conséquent contre leurs donneurs d'aval, que les voies de droit seulement, non la contrainte par corps.

39. Une question qui semble plus délicate est celle de savoir si le simple particulier, qui, se trouvant par le cours des endossements successifs propriétaire d'une lettre de change infectée d'un vice qui la fera déclarer simple promesse, a négocié lui-même cette lettre sous la foi de l'aval d'un tiers, négociant ou non, sera contraignable par corps ainsi que son donneur d'aval, ou s'ils ne le seront ni l'un ni l'autre. Nous pensons qu'ils sont contraignables par corps (à l'exception des endosseurs mineurs, femmes ou filles non commerçants dont parlent les art. 113 et 114, et de leurs donneurs d'aval); et qu'on ne peut tirer aucun parti de l'article 637 pour les en décharger.

40. Quand la lettre de change sera réputée simple promesse *aux termes de l'article* 112, pour une des suppositions qu'énumère cet article, elle sera toujours regardée comme vraie lettre de change à l'égard des endosseurs postérieurs, et pour la même raison du fond, à savoir, que le premier qui, après la supposition, a mis la lettre de change en circulation, l'y a mise comme vraie lettre de change, et comme quasi-monnaie de ce titre, et par conséquent il s'est porté répondant personnellement et commercialement du titre de la quasi-monnaie. A partir du commerçant, banquier, ou prêteur d'argent, qui le

Digitized by Google

premier l'a mise dans le commerce, elle demeure pour le public vraie lettre de change, et tous ceux qui la prendront et la transmettront, négociants ou non, feront une vraie opération de commerce.

M. Pardessus, qu'on ne lit plus assez (t. II, n° 460), a dit avec sa profonde raison : « La faculté d'arguer d'une supposi-« tion dans une lettre de change dépend de celui qui propose « cette exception. — Celui au profit de qui elle a été tirée, sa-« chant ou ayant été à même de savoir qu'il y avait supposition, « doit s'imputer son erreur ou sa connivence. La preuve que la « prétendue lettre de change doit avoir les effets d'une simple « promesse peût être faite contre lui par quiconque y a intérêt, « même quand celui qui emploierait l'exception aurait connu la « supposition et y aurait participé. — Mais ON NE PEUT opposer « la même exception au tiers porteur ou à des endosseurs exer-« çant leurs droits de garantie : il serait injuste de décider contre « eux sur des preuves prises hors de l'acte même, et d'après « une supposition de noms ou de lieux à laquelle ils n'auraient « pas participé, que la lettre dont ils sont porteurs n'est qu'une « simple promesse. » On comprend bien que M. Pardessus, qui, à cet endroit, parle des négociations subséquentes, n'infirme pas ce que nous avons dit, n° 38, que les tiers porteurs n'avaient pas la contrainte par corps contre les non-commerçants, victimes de la supposition, ni contre leur donneur d'aval.

M. Pardessus a exprimé la raison morale de notre proposition : nous nous attacherons aux raisons de texte.

Quand l'article 112 a dit : « Sont réputées simples promesses « toutes lettres de change contenant supposition soit de nom, « soit de qualité, soit de domicile, soit des lieux d'où elles sont « tirées ou dans lesquels elles sont payables, » a-t-il pu entendre que ces lettres de change étaient converties *en billets à ordre*, et qu'elles en suivraient les lois, si, depuis cette supposition mensongère, des individus non commerçants en devenaient endosseurs ?

Non, évidemment non, et personne ne l'a entendu ainsi à la promulgation du Code. La lettre de change en aurait été entièrement discréditée.

Quand l'article 112 dit : « La lettre de change sera *réputée simple promesse*, » il parle de la lettre de change, du contrat qui intervient entre le tireur et l'accepteur, et au plus avec le

Digitized by Google

preneur qui leur fait faire les suppositions mensongères dont il s'agit.

Par les mots « *lettres de change réputées simples promesses,* » le Code ne peut entendre que le contrat qui se forme à l'instant de la création, et non les contrats subséquents : autre chose est la lettre de change; autre chose, les négociations successives.

Ainsi ces mots *réputées simples promesses* n'ont vraiment rapport qu'aux victimes de la supposition, à l'accepteur ou au tireur, quelquefois à tous deux. Dès que le prêteur émet cette lettre de change dans le commerce, elle fait l'office de lettre de change, et doit être considérée comme lettre de change vraie à l'égard de ceux qui la recevront.

Notons bien la différence qui existe entre la lettre de change apparemment vraie et le billet à ordre de signatures mélangées. Le billet à ordre est mixte, en ce qu'il peut être souscrit et endossé tantôt par des commerçants, tantôt par des non-commerçants; quelquefois pour les affaires civiles des premiers, quelquefois pour le payement des actes isolés de commerce faits par des simples particuliers. Le banquier qui reçoit des billets à ordre sait, en les prenant, qu'il peut avoir des codébiteurs de deux catégories différentes, et qu'il peut n'avoir pas la contrainte par corps, même contre le souscripteur. Il en est prévenu par la loi de compétence, prévenu par la forme du billet. Puisqu'il n'en est pas ainsi prévenu par la forme de la lettre de change, il serait souverainement injuste de libérer de la contrainte par corps, soit les non-commerçants endosseurs au cours des négociations, soit leurs donneurs d'aval; car, au temps de leur engagement, ils ont bien eu la volonté de se soumettre à la contrainte par corps.

41. En vain dirait-on que l'article 112 porte d'une manière *générale et absolue* : « SONT RÉPUTÉES *simples promesses,* » tandis que l'article 113 et l'article 114 usent de termes relatifs à la personne des promettants : « *Ne vaut* A LEUR ÉGARD, *Est nulle* A « LEUR ÉGARD; » que cette opposition dans la rédaction de l'article 112 et des articles 113 et 114 fait bien entendre que, dans l'espèce des articles 113 et 114, le caractère de simple promesse ou le vice de nullité ne sont relatifs qu'à la personne des promettants; que, dans ce cas, il est clair que les endosseurs dont la signature viendra après celle des femmes, filles et mineurs non commer-

Digitized by Google

çants, ne pourront invoquer le caractère de simple promesse du titre, ni sa nullité pour se faire décharger de la contrainte par corps, ce qui concorde parfaitement avec les articles 636 et 637, qui ne visent que l'article 112. Mais on en conclurait *à contrario* que la lettre de change réputée *simple promesse* dès son principe par supposition défendue aux termes de l'article 112, devient généralement et absolument *simple promesse* à l'égard de tous *in favorem libertatis*, et que s'il se trouve des individus non commerçants parmi les endosseurs subséquents, ils ont le droit d'invoquer, tant pour eux que pour leur donneur d'aval, la dispense de contrainte par corps prononcée en faveur des signatures de non-commerçants par l'article 637.

42. Tout cela n'est qu'illusion. L'expression « *simple promesse* » opposée aux mots « *lettre de change,* » ou aux mots « *promesse commerciale,* » est nécessairement *relative* à la personne du promettant : dans la lettre de change, comme dans toutes conventions, le mot *promesse* n'est relatif qu'à la personne qui s'oblige, et non à la personne qui stipule et acquiert le droit. Donc, le législateur n'avait pas besoin dans l'article 112 d'exprimer à l'égard de qui la lettre de change serait réputée *simple promesse :* la signification même du mot indiquait qu'il s'appliquait au promettant trompé ; et la conséquence en est que la lettre de change réputée simple promesse n'engage le promettant que civilement, non commercialement.

Et puisque nous venons d'établir qu'autre chose est la lettre de change, autre chose les négociations successives qui s'en font par endossement, et que la lettre devait être réputée parfaite pour toutes les personnes qui n'ont pas eu connaissance de la supposition, il en résulte que c'est à l'égard des seules personnes lésées par la confection de la lettre que la loi l'a déclarée *simple promesse*, et qu'elle conserve pour toutes les négociations ultérieures le caractère de lettre de change, chose que chaque endosseur a entendu acquérir, et que le cédant doit garantir au cessionnaire comme chose vendue.

43. Il n'y a pas non plus d'opposition entre l'article 112 et les articles 113 et 114. Ils statuent et doivent statuer sous des formes différentes. Le premier statue seulement sur le corps de la lettre de change, et prend une forme de langage *réelle* pour ainsi parler, parce qu'il statue sur la chose et non sur les personnes. En disant « *sont réputées simples promesses toutes lettres*

Digitized by Google

de change contenant supposition de....., il n'avait pas besoin de dire à l'égard de qui, puisque le sens naturel était *à l'égard du prometteur.....*

Le même article n'avait pas non plus à parler des endosseurs, car d'un côté, les suppositions qu'il exprime ne s'appliquent qu'au corps de la lettre et non aux endossements, et, d'un autre côté, toute personne qui fait le commerce, majeur, mineur, femme ou fille, est capable de l'endossement; et même pour les majeurs non négociants, l'endossement d'une lettre de change est acte de commerce et entraîne la contrainte par corps.

Mais les femmes et filles non marchandes publiques ne pouvant subir la contrainte par corps que dans les cas de stellionat (C. Nap. 2065), et la contrainte par corps ne devant pas être prononcée contre les mineurs non commerçants (C. Nap. 2064), qui d'ailleurs sont incapables de contracter, et restituables suivant les règles portées au Code civil, il restait au législateur après l'article 112, à pourvoir aux cas où ces personnes figureraient sur une lettre de change comme tireur, accepteur, endosseur, et il l'a fait dans les deux articles suivants, en disant que la signature des femmes et filles non marchandes publiques sur lettres de change ne vaudrait que *simple promesse* à leur égard (113) et que les lettres de change souscrites par des mineurs non négociants seraient nulles à leur égard. — S'il s'est servi des mots *à leur égard*, ce n'a point été par opposition avec l'article 112; c'est que le législateur a eu à statuer sur deux espèces différentes, celle des femmes et filles non commerçantes, mais capables de contracter; celle des mineurs non commerçants, incapables de contracter. Dans l'article 112, il n'avait parlé que de la chose sans parler des personnes; dans les articles 113 et 114, il dit formellement que la réduction de l'obligation commerciale en *simple promesse* et que la nullité de la lettre de change n'ont effet qu'en faveur de la personne pour qui il vient de statuer. Donc, le titre reste vraie lettre de change à l'égard des tiers porteurs et de tous les endosseurs postérieurs à la signature des femmes, filles et mineurs non commerçants; et tout ce qu'on peut tirer de ces articles, c'est qu'ils nous apprennent que le vice de supposition dont parle l'article 112 laisse à la lettre de change réputée simple promesse toute sa force de lettre de change pour les négociations postérieures à ce vice.

Digitized by Google

44. Quant à l'article 637, ce n'est pas une loi qui règle le fond du droit comme le titre *De la Lettre de change et du Billet à ordre;* c'est une loi de compétence dont l'objet est d'éviter des déclinatoires.

Après que l'article 631, § 1°, a conféré aux tribunaux de commerce juridiction pour statuer sur toutes les contestations relatives aux engagements *entre négociants, marchands et banquiers* (ce qui comprendrait dans cette juridiction les billets à ordre entre commerçants et les en exclurait si les débiteurs étaient non commerçants et ne les avaient pas fait à l'occasion d'opérations de commerce, trafic, change ou courtage); après que le même article 631, § 2°, leur a conféré juridiction pour statuer *entre toutes personnes* des contestations relatives aux actes de commerce, le dernier paragraphe de l'article 632 réputant actes de commerce *entre toutes personnes* les lettres de change ou remise d'argent de place en place, l'article 636, à son tour, donne au tribunal de commerce juridiction pour connaître des lettres de change qui ne seront réputées que simples promesses aux termes de l'article 112, à moins qu'il ne soit requis de renvoyer au tribunal civil; — il lui donne également juridiction pour connaître des billets à ordre qui ne porteront *que des signatures d'individus non négociants*, à moins que le défendeur ne demande son renvoi au tribunal civil *in limine litis*, renvoi qui sera refusé si, de la part des défendeurs non commerçants ou de l'un d'eux, ces billets ont eu pour occasion des opérations de commerce, trafic, change, banque ou courtage, ce qui ferait rentrer l'affaire dans le texte de l'article 637. — Telle est la fidèle analyse de l'article 636, que nous avons à bien connaître avant que de songer à interpréter l'article 637.

En un mot, en ce qui concerne les lettres de change, l'article 636 se réduit à cette seule phrase : « Lorsque les lettres de « change ne seront réputées que simples promesses aux termes « de l'article 112, le tribunal de commerce sera tenu de ren- « voyer au tribunal civil, *s'il en est requis par le défendeur.* »

Le tribunal de commerce a compétence pour juger des lettres de change *entre toutes personnes* (631, § 2; 632, § dernier). Quand l'acte a l'apparence complète d'une lettre de change, il faut donc requérir le renvoi *in limine litis;* sinon, le tribunal reste saisi.

Quand c'est le tireur qui a fait ou fait faire la supposition, et

Digitized by Google

qu'il assigne l'accepteur non commerçant, pas de difficulté. Si l'accepteur requiert son renvoi pour cause de supposition, le tribunal sera tenu de se dessaisir.

Si ni l'accepteur ni le tireur ne sont commerçants, et que la supposition leur ait été imposée par le preneur qui les assigne tous deux commercialement, pas de difficulté non plus : ils doivent être renvoyés au tribunal civil.

Si l'accepteur et le tireur auxquels on aurait imposé cette forme, ou qui l'auraient prise volontairement, sont tous deux commerçants, ils ne pourront requérir le renvoi, non pas à cause de l'article 637, mais parce que le § 2 de l'article 631 donne juridiction au tribunal de commerce pour toutes contestations relatives aux engagements entre marchands.

Si c'est le tireur commerçant qui soit l'auteur de la supposition dans la lettre de change acceptée par un non-commerçant, et que tous les deux soient assignés par le preneur ou par un autre porteur de bonne foi : alors on tombera sous l'application de l'article 637; l'accepteur imprudent sera tenu de plaider devant le tribunal de commerce, car le sens de la loi est que si la liberté du non-justiciable doit être respectée même par les porteurs de bonne foi (V. n° 38), néanmoins le porteur de bonne foi ne peut être détourné du tribunal de commerce si, parmi les défendeurs, il y en a un commerçant.

45. Remarquons bien une grande différence pour la compétence entre les lettres de change réputées simples promesses et les billets à ordre.

C'est spécialement pour les billets à ordre que l'article 636 a dit : « ou lorsque les billets à ordre ne porteront que des signa- « tures d'individus non négociants, *et n'auront pas pour cause* « *des opérations de commerce, trafic, change, banque ou cour-* « *tage.* » Le porteur d'un billet à ordre où ne figurent que des signatures de non-négociants, peut répondre au déclinatoire qu'il offre de prouver que le billet a eu pour cause, de la part du non-commerçant, une opération de commerce, et, la preuve faite, le tribunal de commerce retiendra la cause.

Mais il ne lui est pas permis d'offrir cette preuve ni de tenter de la faire contre celui au préjudice duquel a été commis une supposition mensongère dans la lettre de change. — Grammaticalement, cette portion de l'article 636 ne se rapporte pas à la première hypothèse : « *Lorsque les lettres de change,* etc..... »

Digitized by Google

puisqu'en séparant les deux phrases par la conjonction alternative ou, le rédacteur a complétement distingué les deux espèces, de sorte que le verbe *n'auront*, dans l'article 636, ne dépend que du sujet, « *ou lorsque les billets à ordre...*, » auquel se rattache le second membre de phrase « *et n'auront pas.* » Or, on doit être asservi au texte quand il s'agit de compétence. — Moralement d'ailleurs il en devait être ainsi. On ne sait que trop que les usuriers contraignent les fils de famille et les simples particuliers nécessiteux, à faire des marchés complexes et ruineux en avance sur les fonds à leur fournir lors des lettres de change, et le législateur n'avait point oublié l'inventaire présenté à Cléante par le courtier d'Harpagon.

Donc, quand le tireur et l'accepteur sont de profession civile, et opposent le déclinatoire à celui qui tient immédiatement la lettre du tireur, le preneur ne pourra être admis à prouver que les lettres de change auront eu pour cause des opérations de commerce; à leur égard, il serait forcé de prouver qu'ils sont marchands pour qu'ils fussent justiciables.

46. L'article 636 ainsi expliqué ne laisse plus de doute sur la manière d'entendre la rédaction complexe de l'article 637 : « Lorsque ces lettres de change et ces billets à ordre porte- « ront en même temps des signatures d'individus négociants et « d'individus non négociants, le tribunal de commerce en « connaîtra. » Voilà la loi de compétence. — Vient ensuite l'exemption de la contrainte par corps contre les individus non négociants, « à moins qu'il ne se soient engagés à l'occasion « d'opérations de commerce, trafic, change, banque et cour- « tage. » Cette phrase ne peut pas avoir dans cet article 637 une compréhension qu'elle n'avait pas dans l'article 636. Puisque dans l'article 636 elle s'appliquait aux billets à ordre exclusivement et non aux lettres de change réputées simples promesses, elle ne peut s'appliquer dans l'article 637 qu'aux souscripteurs ou endosseurs non commerçants des billets à ordre, et non aux victimes de la supposition dans les simples promesses. La raison morale (V. n° 45) de l'article 636 en serait détruite. Ce qui est à juger pour la lettre de change réputée simple promesse, ce ne sont pas les opérations antérieures, c'est le titre lui-même, qui, dans son état simulé, ne peut produire la contrainte pas corps ni contre le tireur ou accepteur, ni contre le donneur d'aval.

Digitized by Google

47. Ainsi, on doit conclure de cet examen des lois du fond et de la compétence que tout donneur d'aval, commerçant ou non, sur une lettre de change réputée simple promesse postérieurement à la simulation, est, ainsi que l'endosseur qu'il garantit, soumis à la contrainte par corps, quelle que soit la qualité de celui-ci (V. n° 40); et qu'il serait absurde d'abuser du mot *signatures* de non-commerçants inséré dans l'article 637, pour en tirer la conséquence que les endosseurs postérieurs à la simulation doivent être déchargés de la contrainte par corps ainsi que leurs donneurs d'aval. L'article n'a pas été écrit pour eux.

48. Mais nous avons annoncé une exception au n° 39. Il est évident que si au cours des négociations se trouve la signature de femmes, de filles non commerçantes ou la signature d'un mineur non commerçant, leur qualité les relève de la contrainte par corps, eux et leurs donneurs d'aval; mais les endossements qui suivront celui qu'une de ces personnes aura signé suivront la loi commune à tous les endosseurs de lettres de change.

49. L'article 187 du Code de commerce qui rend communes aux billets à ordre les dispositions écrites dans les articles 141 et 142 pour l'aval à l'égard des lettres de change, nous apprend, en les combinant avec les articles 636, 637 et 638, qu'en matière de billets à ordre, les donneurs d'aval doivent être soumis à la contrainte par corps quand ils ont garanti la signature d'un souscripteur ou endosseur commerçant, qui n'a point exprimé une cause civile dans son billet ou dans son endossement; soumis encore à la contrainte par corps, quand le souscripteur ou endosseur, quoique de profession civile, s'est engagé à l'occasion d'une opération de commerce, trafic, change, banque ou courtage (ce qui se prouve ou par la manière dont l'engagement est causé, ou par toutes les autres preuves admises en droit commercial); mais le donneur d'aval, commerçant ou non commerçant, ne peut jamais être soumis à la contrainte par corps, quand le souscripteur ou endosseur par lui garanti a souscrit ou endossé le billet comme simple particulier, ou même quand, étant commerçant lui-même, le souscripteur ou endosseur a, dans le billet ou endossement, exprimé formellement une cause civile de son engagement, comme l'article 638 lui en donne la faculté.

Il ne peut pas en être autrement : le donneur d'aval suit,

Digitized by Google

dans tous les cas où l'aval n'est pas restreint dans ses termes, la condition du débiteur qu'il garantit, et le renvoi fait par l'article 187 pour les billets à ordre aux articles 141 et 142 réglant l'aval pour lettres de change, équivaut à un article qui serait ainsi conçu : « Le donneur d'aval *sur billets à ordre* sera tenu « solidairement et par les mêmes voies que le *souscripteur* ou « l'endosseur garanti : par corps, si le garanti est soumis à la « contrainte par corps ; par les voies de droit seulement, si le « garanti n'est pas soumis à cette contrainte. »

50. La jurisprudence a pourtant douté de ces vérités depuis 1832. De nombreux arrêts ont refusé la contrainte par corps contre les non-commerçants qui avaient garanti par aval la signature de souscripteurs on d'endosseurs commerçants, dont le billet à ordre ou l'endossement n'exprimait pas une valeur non commerciale (*Rouen*, 22 *décembre* 1840, aff. Peyrusson; *Bordeaux*, 17 *mars* 1845, aff. René; *Paris*, 14 *mars* 1846, aff. Jouffroy; *Lyon*, 6 *août* 1846, aff. Barret; *Rouen*, 19 *décembre* 1847, aff. Fraleux; *Caen*, du moins en doctrine[1], 24 *janvier* 1848, aff. Hamel ; *Amiens*, 15 *juin* 1853, aff. Gaudefroid). — Il est vrai que dans le même temps on cite quatre arrêts de Paris qui ont résisté à l'entraînement (*Paris*, 8 *juillet* 1842, aff. Nuyts; 31 *mai* 1843, aff. Huart; 16 *juin* 1843, aff. Grossetête; 11 *juin* 1849, aff. Gaudry), et un arrêt de la Cour de cassation, non pas sur la contrainte, mais sur une question analogue, celle de la solidarité (*Rej.*; 3 *mars* 1845, aff. Belluot). Mais la date de l'arrêt d'Amiens prouve que l'erreur se perpétue, ou du moins qu'elle n'est pas encore dissipée.

51. Quelles sont les causes de cette erreur? Nous les puiserons dans les arrêts mêmes. La première est dans la confusion qui s'est opérée dans le langage entre l'aval et le cautionnement : « L'individu qui se rend caution d'une obligation commerciale « ne devient pas par là seul, et *en l'absence de toute soumission*, « contraignable par corps. » (*Rouen*, aff. Fraleux.) — « La cau- « tion, en matière de billet à ordre, n'est assujettie à la contrainte « par corps qu'autant qu'elle est intéressée dans l'affaire com- « merciale qu'elle a garantie. » (*Caen*, aff. Hamel.)— « De sa « nature, le cautionnement n'est pas commercial, surtout quand

[1] Cet arrêt n'a au fond que statué sur un cautionnement promis d'une dette commerciale à régler par le débiteur principal en billets à ordre non encore créés.

Digitized by Google

« il est donné par un non-commerçant, même à l'occasion d'un « acte de commerce auquel le débiteur principal se serait livré.» (*Amiens*, aff. Gaudefroy.)

Toutes propositions vraies en elles-mêmes, mais inapplicables à l'aval, s'il est vrai qu'il soit acte de commerce au fond et dans la forme quand il est employé à garantir la signature d'un commerçant qui a souscrit ou endossé un billet à ordre. Nous croyons avoir démontré ci-dessus (n° 25) que s'il a des similitudes avec le cautionnement, il a d'importantes différences; que sa forme est toute commerciale et qu'il est acte de commerce quand il s'agit de lettres de change. Or, si l'aval est acte de commerce quand il garantit une lettre de change, quelle que soit la qualité de l'endosseur, parce que la lettre de change entraîne contrainte par corps contre tous, il doit l'être aussi quand il garantit le souscripteur ou l'endosseur commerçant d'un billet à ordre, puisque le garanti fait un acte de commerce qui entraîne contre lui les mêmes suites qu'une lettre de change, notamment la contrainte par corps.

52. La seconde cause d'erreur est dans une fausse intelligence de l'article 187 du Code de commerce et du renvoi qu'il fait aux articles 636, 637 et 638. On en conclut d'un côté « que « si la lettre de change est par sa nature un acte essentielle- « ment commercial pour toutes les personnes qui l'ont signée, « le *billet à ordre* n'est acte commercial que dans *certaines* cir- « constances et à l'égard de *certaines* personnes; que l'article « 637 ne permet au tribunal de commerce de prononcer la con- « trainte par corps que contre les individus commerçants qui « l'ont signé, et non contre les signataires non commerçants à « moins qu'ils ne se soient engagés *à l'occasion* d'opérations de « commerce, trafic, change, banque ou courtage; qu'il n'y a plus « lieu de tenir compte des termes de l'article 142, parce que « l'article 187, en prescrivant l'application aux billets à ordre « de *toutes les dispositions* relatives aux lettres de change, et en « comprenant au nombre de ces dispositions celles qui concer- « nent l'*aval*, ajoute que *c'est sans préjudice* des cas pré- « vus par les articles 636, 637 et 638 de ce Code. Donc, lorsqu'il « s'agira d'un aval consenti sur un billet à ordre, il y aura lieu « de recourir à ces trois articles afin de déterminer le degré « de responsabilité qui pèse sur le souscripteur de l'aval. L'ar- « ticle 637 est explicite en dispensant de la contrainte par corps

Digitized by Google

« tous les individus *non négociants* qui ont apposé leur signa-
« ture sur un billet à ordre sans aucune distinction entre la si-
« gnature des souscripteurs, endosseurs et donneurs d'aval;
« qu'on n'en doit faire aucune, nonobstant la jurisprudence de
« la Cour de Paris, qui prononce la contrainte par corps contre
« le donneur d'aval dans tous les cas où elle est encourue par le
« débiteur principal, assimilation qui ne résulte d'aucune dispo-
« sition de la loi » (*Bordeaux*, aff. René; *Caen*, aff. Hamel; *Rouen*, aff. Fraleux, etc.)

53. Mais d'abord, il est inexact de dire que de sa nature le billet à ordre est commercial *dans certaines* circonstances et n'est pas commercial *dans d'autres*. Le billet à ordre est commercial d'origine et de fait; la loi nouvelle a permis aux simples particuliers de s'en servir et de profiter de ses avantages.

Ce papier conserve donc sa nature commerciale ; seulement la loi permet aux simples particuliers et même aux commerçants de s'en servir pour leurs affaires civiles. Les simples particuliers épargnent les frais de transports ; les simples particuliers endosseurs sont libérés de la garantie promise, si le porteur ne fait pas ses diligences à temps utile; ils peuvent les escompter comme les lettres de change. C'est toujours le tribunal de commerce qui, en principe, aura la juridiction, et s'il est permis aux particuliers de la décliner *in limine litis* quand aucun justiciable n'est assigné avec eux, cette permission cesse dès qu'un commerçant est défendeur : le non-commerçant peut seulement alors exciper de sa qualité pour obtenir la décharge de la contrainte par corps. Cette différence ne change donc pas la nature du papier : il est toujours papier commercial et commerçable, et la modification qui y est faite pour la liberté de ceux qui s'en servent dans les affaires civiles n'en détruit pas la nature originaire. Le résultat de la faculté donnée à tous de s'en servir pour ses affaires civiles est que le non-commerçant qui souscrit ou endosse un billet à ordre dans ce but, ne fait point acte de commerce. Donc, celui qui lui fournira aval ne fera pas acte de commerce ; mais le non-commerçant qui garantira par aval l'endossement d'un commerçant, sait que le garanti fait acte de commerce, et s'associe aux dangers du garanti. Pourquoi ne serait-il pas poursuivi *par les mêmes voies ?* — Quoi qu'en aient dit les arrêts, il est certain que ces mots « *par les mêmes voies* » font une assimilation parfaite

Digitized by Google

entre l'aval sur lettre de change apparente et l'aval sur billet à ordre. Dans ce dernier cas, il y aura lieu à contrainte contre le donneur, s'il a garanti une signature de contraignable; mais elle n'aura pas lieu si le garanti n'est pas soumis à la contrainte, par assimilation aux lettres de change réputées simples promesses, où il n'y a pas de contrainte par corps contre le donneur d'aval qui a garanti l'effet de la signature d'une femme, d'une fille ou d'un mineur non commerçants, ou de toute autre personne à l'égard de qui la lettre de change n'est réputée que simple promesse (V. les nos 34 et suivants). Donc, quant à la contrainte par corps, le donneur d'aval doit toujours suivre la condition du garanti.

54. En second lieu, une preuve de la fausseté du système de ces arrêts, est que personne n'oserait l'appliquer aux avals séparés de la lettre de change ou du billet à ordre. En effet, l'aval peut être fait par acte séparé. Si le système qui s'appuie sur le seul mot « *signatures* » de l'article 637, était vrai, il serait donc inapplicable aux avals faits par actes séparés de la lettre de change; or, l'esprit évident du Code de commerce est de ne faire aucune distinction d'effets entre l'aval mis sur la lettre et l'aval qui en est donné par acte séparé; donc il est impossible que dans le mot *signatures* de l'article 637, celle du donneur d'aval soit comprise. On verra plus tard les singuliers effets que produirait cette doctrine sur la compétence.

55. L'aval, même porté sur la lettre de change, ne fait pas partie intégrante de la lettre; les endossements même n'en font pas partie nécessaire; ils sont des contrats subséquents qui en transmettent la propriété, et l'aval n'est qu'un contrat accessoire à la lettre ou à l'endossement. Donc, le signataire de l'aval n'est signataire ni de la lettre de change ni de l'endossement. Il en est de même pour l'aval des souscripteurs et endosseurs de billets. Dans le style législatif, le mot *signataire de lettre de change* n'a jamais compris le donneur d'aval, parce que l'aval est un contrat particulier et distinct de la lettre de change, du billet à ordre et de l'endossement. Aussi l'ordonnance de 1673, titre 7, article 1er, comprenait bien les endosseurs par ces termes : « Ceux qui auront signé des lettres ou billets de change pourront être contraints par corps; » puis il ajoutait : « ensemble ceux qui *y auront mis leur aval.* » L'article 100 du projet de la commission de l'an IX portait : « Tous ceux qui ont signé ou

Digitized by Google

endossé une lettre de change sont tenus solidairement à la garantie envers le porteur. » — Ce n'était point comprendre le donneur d'aval parmi les signataires de lettres de change, et cela est d'autant plus certain que l'article 102 du même projet rejetait la possibilité d'aval sur la lettre même ou sur le billet à ordre, et n'admettait que l'aval fait par acte séparé, dont les effets seraient déterminés par les conventions des parties. — De même, le Code de commerce, dans l'article 140, § VII *De la solidarité*, en disant : « Tous ceux qui ont signé, accepté ou endossé une lettre de change sont tenus à la garantie solidaire envers le porteur, » n'a pas compris le donneur d'aval au nombre des signataires dont il parle, puisque immédiatement et au § VIII *De l'aval*, article 142, il permet de faire aval par acte séparé, et statue sur la solidarité du donneur d'aval, sauf les conventions différentes des parties. Or, puisque dans tous ces textes les mots « *qui ont signé des lettres de change* » ne comprennent pas les donneurs d'aval, on ne peut admettre que le mot *signatures de lettres de change* dans les articles 636 et 637 comprenne les signatures des donneurs d'aval, et par conséquent il ne doit pas comprendre non plus les signatures des donneurs d'aval pour les souscripteurs ou endosseurs de billets à ordre; car l'aval est aussi distinct du contrat d'emprunt et de payement par billets à ordre et de leur transmission par endossement qu'il est distinct du contrat de change entre le tireur et le preneur, du contrat d'acceptation et de celui de négociation par endossement de lettre de change.

56. En troisième lieu, on ne doit jamais confondre dans l'interprétation deux lois d'ordre ou d'objet différents. Le titre 8 du livre Ier du Code de commerce a pour objet de régler le fond du droit pour les lettres de change, billets à ordre, endossements, aval, etc.; le titre 2 du livre IV a pour objet de régler *la juridiction commerciale*. Le système contraire à la doctrine ancienne et générale, contraire à l'opinion que nous soutenons, viole cette règle. Tout le fond du droit sur les lettres de change et les billets à ordre, ainsi que sur l'aval, est réglé spécialement par le titre VIII du livre Ier du Code. Ce titre porte, art. 142, que quant aux voies d'exécution, le donneur d'aval suivra la condition du garanti, et l'article 187 rend communes aux billets à ordre les dispositions du § 8 *De l'aval;* il ordonne donc d'appliquer aux donneurs d'aval, en faveur du souscripteur ou d'un

Digitized by Google

endosseur de billets à ordre ce que les articles 141 et 142 ont prescrit, et ces articles ont bien prescrit que le donneur d'aval suivrait en tout la condition du garanti.

Que fait donc l'article 637? Son objet n'est pas de régler les droits et devoirs des tireur, accepteur, souscripteur, endosseur, donneur d'aval. Son objet principal est de régler la compétence; or, partout le garant suit la juridiction où doit être appelé le garanti. Les signatures dont parle l'article 637, sont donc celles, non du donneur d'aval, mais des souscripteurs ou endosseurs; le mot *signatures*, pour le règlement de la compétence, ne comprend que celles-ci. Le système qui ferait dépendre la compétence absolue du tribunal de commerce de la qualité du donneur d'aval commerçant, garant du souscripteur ou de l'endosseur non commerçants, afin de rendre ceux-ci justiciables malgré leur déclinatoire, serait la contre-partie nécessaire et bizarre du système des arrêts qui déchargent de la contrainte par corps le donneur d'aval non commerçant quand le souscripteur garanti est commerçant. Cette conséquence démontre donc la fausseté du système.

57. En quatrième lieu, le renvoi que fait l'article 187 aux articles 636, 637 et 638 n'est pas embarrassant. Il n'a pas été fait pour l'aval.

Le lecteur est porté à se faire illusion quand dans cet article 187 il détache d'un ensemble les mots « *l'aval* » et lit immédiatement, *sans préjudice des dispositions*, etc... Pour bien entendre cet article il faut le lire dans son entier : on en pénétrera mieux le sens : Art. 187. « Toutes les dispositions « relatives aux lettres de change et concernant l'échéance— « l'endossement—la solidarité—l'aval—le payement—le paye- « ment par intervention—le protêt—les devoirs et droits du « porteur—le rechange ou les intérêts, sont applicables aux « billets à ordre, *sans préjudice des dispositions* relatives aux « cas prévus par les articles 636, 637 et 638. »

Or, si nous ne nous trompons, cela veut dire que le législateur rend communes aux billets à ordre toutes les dispositions contenues dans les §§ V, VI, VII, VIII, IX, X, XI, XII, XIII de la section 1re *De la Lettre de change*; mais que cette application de neuf derniers paragraphes empruntés aux lettres de change ne portera aucun préjudice à la compétence réglée pour les billets à ordre par les trois articles 636, 637

Digitized by Google

et 638 au titre de la *Compétence des tribunaux de commerce.*

Avoir dit que *toutes les dispositions* contenues dans ces neuf paragraphes sont applicables aux billets à ordre, c'est avoir exprimé formellement qu'aucune disposition applicable à la lettre de change, depuis l'article 129 jusqu'à l'article 186, n'est étrangère aux billets à ordre, et que toute disposition législative sur la lettre de change comprise dans la même série d'articles est applicable au billet à ordre, *mutato nomine.* Donc, pour le billet à ordre, le § VIII *De l'aval* doit être lu ainsi : Art. 141. « Le payement d'*un billet à ordre*, indépendamment de la *sous-* « *cription* et de *l'endossement*, peut être garanti par un aval. » Art. 142. « Cette garantie est fournie par un tiers, sur le *billet* « même ou par acte séparé. — Le donneur d'aval est tenu soli- « dairement et PAR LES MÊMES VOIES que les *souscripteurs* et endos- « seurs, sauf les conventions différentes des parties. »

Si cette conséquence que nous rougissons d'avoir été forcé d'épeler est vraie (et certainement elle est vraie), l'article 187 veut donc que le donneur d'aval sur billet à ordre suive en tout la condition du garanti.

Nous avons déjà fait remarquer que le renvoi ne se rapporte pas aux mots *l'échéance*, *l'endossement*, *la solidarité*, *l'aval*, etc.... ni à aucun des paragraphes dont l'article 187 ordonne l'application aux billets à ordre... Il se rapporte à ces mots : « sont applicables aux billets à ordre. » Il suffit de lire l'article 187 pour le voir.

Il n'a été écrit que parce qu'après avoir fait un traité complet *de la lettre de change* dans la section 1re du titre 8 du livre Ier, (*articles* 110 *à* 186), le législateur a voulu faire aussi dans les sections 2 et 3 (*articles* 187 *à* 189) du même titre en prenant la lettre de change pour prototype, un traité complet *du billet à ordre*, signalant tous les points de ressemblance et tous les points de différence de ce papier avec la lettre de change.

Ainsi dans l'article 187, il a, par prétérition, exclu du billet à ordre tout ce qui n'était ordonné pour la lettre de change qu'à cause de sa nature spéciale depuis l'article 110 jusqu'à l'article 128 : savoir, les §§ I, *De la forme ;* II, *De la provision*, III, *De l'acceptation* et IV, *De l'acceptation par intervention*... Mais aussi dans la section II, art. 188, le législateur a-t-il réglé la forme du *billet à ordre*, pour que ce second traité ne souffrît en rien de l'exclusion de l'article 118.

Digitized by Google

Ainsi, dans la section 3 (art. 189), il a traité de la *prescription*, soit des lettres de change, soit des billets souscrits par des négociants, marchands ou banquiers, ou pour faits de commerce ; ce qui exclut de la prescription quinquennale les billets à ordre souscrits par de simples particuliers pour affaires civiles, et par conséquent établit ressemblance entre les deux espèces de papier dans certains cas et différence dans un autre.

Ainsi, enfin, dans l'article 187, il indique toutes les dispositions de la section 1re pour *l'échéance* (§ V), *l'endossement* (§ VI), *la solidarité* (§ VII), *l'aval* (§ VIII), *le payement* (§ IX), *le payement par intervention* (§ X), les *droits et devoirs du porteur* (§ XI), *les protêts* (§ XII), le *rechange ou les intérêts* (§ XIII) de la lettre de change et ordonne que chaque disposition de ces neuf paragraphes, quoique écrites pour les lettres de change, soit (*mutatis mutandis*) applicable aux billets à ordre.

Mais ce traité n'aurait pas été complet, si dans cette section même on n'avait pas averti que, quoique ces neuf paragraphes fussent applicables aux billets à ordre, la compétence pour les billets à ordre était réglée différemment par le Code que par les lettres de change, auxquelles la loi du 15 germinal an VI appliquait toujours la contrainte par corps ; c'est là le seul objet de ces mots : « *sans préjudice des dispositions relatives aux cas* « *prévus par les articles* 636, 637 et 638 au titre *De la juridic-* « *tion commerciale.* Ils ne constituent qu'un simple renvoi pour que les juges de commerce en soient avertis dans ce traité du billet à ordre, et n'ont jamais modifié les dispositions d'aucun des neuf paragraphes déclarés communs aux lettres de change et aux billets à ordre.

58. Les arrêts dont nous avons parlé pensent que l'article 3 de la loi du 17 avril 1832 suffit pour décharger de la contrainte par corps le simple particulier qui a donné aval pour un commerçant souscripteur ou endosseur d'un billet à ordre. Cette loi n'a rien changé au système du Code de commerce, ni ses termes ni sa discussion n'ont porté sur les effets de l'aval ; le mot « *signatures* » y est employé absolument dans le même sens que dans les articles 636 et 637 du Code de commerce, ce que M. Troplong a clairement démontré dans son commentaire sur ladite loi. D'ailleurs les mêmes arrêts ne veulent voir dans l'aval qu'un simple cautionnement, et dénient formellement

Digitized by Google

qu'il soit acte de commerce. Nous avons toujours soutenu, au contraire, que l'aval ne doit pas être confondu avec le cautionnement, et que, dans tous les cas où il entraîne la contrainte par corps aux termes de l'article 142 du Code de commerce, il est acte de commerce et produit une dette commerciale sanctionnée par la contrainte par corps, aux termes de l'article 1er de la loi qu'on invoque contre l'opinion générale.

COIN-DELISLE.

(*La fin à une prochaine livraison.*)

QUELQUES QUESTIONS,

AU SUJET DES TROIS DERNIERS ARRÊTS DE LA COUR DE CASSATION [1],

EN MATIÈRE DE PARTAGE D'ASCENDANT.

Par M. DUBERNET DE BOSCQ, conseiller à la Cour impériale d'Agen.

PREMIER ARTICLE.

« Dès l'instant où les biens partagés et ceux existants au décès forment « deux masses distinctes, qu'aucun lien de droit ne rattache l'une à l'autre, « qui se liquident séparément et indépendamment l'une de l'autre, *il n'y « aurait plus de raison pour reculer jusqu'au décès de l'ascendant le point « de départ de la prescription.*

« Le sort du partage, sous le double rapport de la réserve et de la quotité « disponible, n'étant point, dans ce système, subordonné aux éventualités « de la succession, *l'action s'ouvre immédiatement au profit de l'héritier* [2] « *lésé, et* AUCUN MOTIF *juridique et légal ne saurait en suspendre la prescrip- « tion.* »

(Extr. du rapport de M. le conseiller Renault d'Ubexi, sur le dernier arrêt.)

1. C'est assurément un bien précieux intérêt que celui d'une question en jurisprudence, alors surtout, comme ici, qu'elle suscite de nombreux arrêts, qu'elle se multiplie sous divers

[1] Aff. *Regimbaud*, 19 décembre 1859; aff. *Lissandre*, 6 février 1860; aff. *Aubry*, 13 février *id.* (Sir.-Gilb., 60, 1, 423 à 428 et 552; Dall., pér., 59, 1, 494, et 60, 1, 89, 169.)

[2] Nous pensons, nous, qu'on doit dire : *le donataire*. Tout est même là.

Digitized by Google

aspects, bien que la même en résultat (celui d'ajourner au décès le redressement de toutes les erreurs, de toutes leurs conséquences). Mais c'est ce résultat, avant tout, qui fait, depuis longtemps déjà, notre inquiétude constante; car nous y voyons aussi toute la gravité d'un danger social.

Il y a environ dix ans, en effet, qu'on renonce progressivement à ces sortes de partages, pourtant si efficaces en soi, si recommandés de tout temps, même par le dernier arrêt[1]. On n'en fait plus! On n'en veut plus! Qu'on le demande à tous les notaires, à tous les hommes de loi, partout en France! Aussi que s'ensuit-il? Les enfants se dispersent, Dieu sait où! Les pères et mères, leurs biens, sont délaissés! Tout plus ou moins voué à l'inculture, selon l'âge de ceux-ci, ou aux mercenaires, si toutefois on en trouve par le temps qui court! En tout cas, l'esprit, les traditions de famille, tout cela se perd; perdu aussi que devient, par là même, ce capital qu'au décès des détenteurs nécessiteux on tentera pourtant de soumettre à un dernier calcul! Pourquoi donc tant de maux en un seul? Ce n'est certes pas que, suivant les saines idées d'où était sortie cette institution, les pères et mères ne soient bien aises de prendre la position qui est due au bout de toute carrière en même temps utile et laborieuse (*otium cum dignitate*), et que les enfants ne soient même plus impatients que jamais d'entrer en *maîtrise*, sans trop regarder à un droit fiscal anticipé. Mais, d'une part, tandis qu'ils font cette première dépense, tandis qu'ils ont payé ou qu'ils payent leur contingent dans les dettes du donateur, qu'ils accomplissent les prestations viagères ou autres auxquelles ils sont assujettis par l'acte; tandis, enfin, que l'une des suites du partage est de laisser désormais à leur unique charge les accidents qui peuvent amoindrir ou même détruire leur lot[2], d'autre part, la seule incertitude qui résulte (n'importe le motif) d'un ajournement au décès, les empêche d'engager comme de vendre, leurs acquéreurs, lorsqu'ils en trouvent, ne voulant les payer, convaincus qu'ils sont d'avoir *un juste sujet de craindre*[3]. Ou bien si cette faculté d'engager, de vendre, est réputée existante, ils sont exposés à la prescription des tiers, à l'insolva-

[1] « C'est avec faveur que la loi voit le partage par le père de famille. » (Rapport et arrêt, p. 356, Sir.-Gilb.)

[2] Boullenois et Merlin, *Quest. de dr.*, v° *Démiss.*, § 6.

[3] Article 1653, Code Nap.

Digitized by Google

bilité de leurs copartagés. Et puis, pour ce qui est de ceux avec lesquels ils peuvent utilement venir à compte, n'est-ce pas, grâce à l'époque qu'on veut pour la valeur *vénale* des biens à estimer [1], une décourageante inquiétude que d'avoir une pareille base définitive, non pas dans les temps voisins de l'acte, c'est-à-dire dans un milieu de choses et de circonstances selon lesquelles, seules, on a pu procéder, mais dans les choses et les circonstances du futur, de l'inconnu, de ce qui est impossible à prévoir, en un mot lors du décès? N'y a-t-il pas, dans cette inquiétude même, un motif de plus pour ne pas aventurer des améliorations jusqu'à cette époque?

2. Aussi notre sentiment a-t-il toujours été [2] que les efforts de la doctrine et de la jurisprudence devaient, quant à ce, entrer dans une solution tout autre; d'un côté, admettre à réclamer, si on le veut, dans les dix ans à partir de l'acte; d'un autre côté, si on a laissé passer ce délai sans le faire, ne pas permettre qu'on ajoute dix ans encore, après le décès, à tous ceux qui ont pu s'écouler auparavant.

Et ce sentiment-là, chez nous, ne s'est pas seulement formé au point de vue moral : il s'est formé encore au point de vue du droit positif, même en ne consultant que l'économie générale et superficielle des textes. Sans doute, en effet, c'est le décès du donateur qui, dans plus d'un cas, doit être attendu, rien, jusque-là, ne pouvant dériver de l'acte pour fonder l'action, mais seulement du droit héréditaire. Ainsi : 1° quant à celle en nullité au fond, comme celle prise de l'article 826; 2° quant à celle en lésion ou en réduction, lorsque l'acte n'établit entre les donataires aucun principe d'égalité ou de proportionnalité; 3° lorsque (ce qui doit être inouï en pratique, mais que l'on conçoit comme hypothèse) l'acte a établi ce principe autrement que la loi ne l'établira [3]. Mais, par contre, il est, nous paraît-il, sensible que si l'acte a commencé par donner à tous un même tout, et si ensuite il le leur a partagé, en énonçant *la quo-*

[1] Sir.-Vill., 51, 1, 340; 57, 2, 68; 58, 2, 461, etc. Toutefois, 52, 2, 308; 58, 2, 253; 59, 2, 430.

[2] *Revue* de septembre-octobre 1859 et suiv. Extrait de cette *Revue*. — Paris, chez Cotillon.

[3] Extrait de la *Revue*, p. 42, 43. — Forcément, il y aura bien ici quelques redites; mais elles seront très-rares, en tout cas fort abrégées, et, d'ailleurs, ce sera une addition d'autorités nouvelles.

Digitized by Google

tité pour laquelle chacun y est part-prenant, chacun n'a besoin, pour faire rectifier cette quotité lésée dans l'exécution, que de son acte même, et nullement du droit héréditaire plus ou moins lointain, plus ou moins rendu problématique par un prédécès ou même par une renonciation, et qui, en tout cas, ne peut apporter plus de droit que n'en a apporté la donation.

3. Aussi encore est-ce avec le plus vif empressement que nous avons recueilli, telles que nous venons de les reproduire en tête de ce dernier travail, les paroles de M. le conseiller rapporteur. Elles nous font, ce nous semble, progresser dans la voie du retour à ce que nous croyons être, sauf précisions ou distinctions, le seul vrai, le seul praticable.

Il avait été compté en effet, jusqu'à ce jour, quatre moyens suspensifs :

1° Un défaut *de qualité* chez le donataire pendant la vie du donateur commun [1];

2° *Le respect* dû à sa personne, *la reconnaissance* due à son œuvre, le silence qu'imposent, lui vivant, ces deux considérations [2];

3° Un autre moyen, moins nettement circonscrit, et qui revient à parler de *remaniements*, dont l'inévitable réalisation n'est possible qu'au décès [3];

4° Enfin celui-ci, c'est-à-dire la nécessité, mieux définie, d'un rapport *fictif* à la succession, seulement *pour calculer* la quotité disponible [4].

Nous aurions dû, en outre, en compter un cinquième, si la jurisprudence eût consacré une opinion qui a été soutenue, et suivant laquelle la réserve avec la quotité disponible appartiendrait uniquement, même au cas de donation entre-vifs, à la loi du décès. Mais il a suffi d'un arrêt de la Cour de cassation [5], jusqu'ici resté sans conteste, pour rejeter cette doctrine et maintenir celle, au contraire, où ces deux éléments de répartition se règlent par la seule loi en vigueur lors de la donation.

[1] Sir.-Vill., 52, 1, 750, etc.; Marcadé, sous l'article 1304, etc.

[2] M. Troplong, n° 2231; arrêts des 19 décembre et 6 février préindiqués.

[3] V. notamment Sir.-Vill., 51, 1, 786; Dall., Pér., 51, 1, 81; V. même les susdits derniers arrêts du 19 décembre et du 6 février.

[4] V., *loc. cit.*, celui du 13 et les notes de renvoi chez les deux arrêtistes.

[5] 24 août 1825. — V., au surplus, Dev.-Gilb., *Tab. gén.*, v^is *Quot. disp.*, n° 4.

Digitized by Google

Dans tout ce qui va suivre, il sera donc entendu que les choses se traitent ainsi.

4. Mais des quatre que nous venons de signaler, M. le rapporteur n'en a-t-il pas, animant notre confiance, ainsi que nous venons de le dire, écarté trois, notamment deux? D'abord en réduisant tout, comme il l'a fait, à la seule question d'un rapport fictif, n'a-t-il pas virtuellement éliminé et le prétendu *défaut de qualité*, et l'inaction que commanderait le *respect* uni à la *reconnaissance*, et les effets plus ou moins étendus, plus ou moins bien expliqués d'un rapport *réel?* Puis s'il a fait emploi, quant à ce dernier point, d'un mot quelque peu extensif ou du moins très-indéterminé, en argumentant de ce qu'il a appelé *les éventualités* de la succession, n'est-il pas bien certain que sa pensée nous a dit tout ce qu'il y avait dans ce mot en nous conduisant au seul rapport *fictif?*

5. Toutefois, vu surtout la persistance que manifestent, de leur côté, les arrêts du 19 décembre et du 6 février, nous ne nous bornerons pas ici à un entraînement. Plaçant dans un même cadre d'examen et cet ensemble de décisions précédentes et ces paroles de M. le conseiller rapporteur avec l'arrêt qui leur est survenu, voici les principales questions qui, ce nous semble, restent encore à résoudre ou à éclaircir, et dont la première sera celle-ci :

A quel nombre doivent se réduire positivement aujourd'hui les divers moyens accueillis en jurisprudence, pour suspendre jusqu'à l'époque du décès tout règlement définitif entre les enfants copartagés?

Puis viendront les suivantes :

1° Ne reste-t-il que le moyen consacré par l'arrêt du 13 février (aff. Aubry)?

2° Sur quoi, objections, puis réponses.

3° Et alors même que celui-là dût rester seul, ne suffirait-il pas pour être bien onéreux? D'un autre côté, le seul motif que l'on puisse supposer, la considération sur laquelle il se fonde, sont-ils assez décisifs? Au total, n'est-ce pas même contraire à l'économie générale du droit en cette partie?

Digitized by Google

1re ET 2e QUESTIONS.

A quel nombre se réduisent positivement aujourd'hui les divers moyens accueillis en jurisprudence pour cette suspension? Ne reste-t-il, autrement dit, que celui consacré par l'arrêt du 13 février?

Positivement, demandons-nous, bien que cette souhaitable perspective s'infère encore une fois, très-ouvertement, du résultat analytique donné par M. le rapporteur. Mais, encore une fois aussi, les précédents arrêts contraires, spécialement ceux du 19 décembre et du 6 février, subsistent, et, ce qui est plus peut-être, celui du 13 n'a rien affirmé des limites à leur opposer !...

Au demeurant, il y a selon nous, sur chacun d'eux, des raisons de droit qui méritent d'être considérées.

§ 1. — Sur le premier moyen.

1. La fin de non-recevoir, qu'on prenait d'un défaut *de qualité* chez le donataire, se subdivisait en deux : d'une part c'était l'absence d'un droit quelconque à retirer de l'acte pour arriver actuellement à rectification ; d'autre part c'était le besoin de la saisine héréditaire, seule capable de communiquer ce droit et de conduire à ce but. En un mot, toute l'objection à laquelle nous venons de répondre par un simple aperçu.

Or, sans parler encore d'un droit exceptionnel, d'un droit que Furgole a dit être *d'institution purement française*[1], DE LA DÉMISSION DE BIENS IRRÉVOCABLE, n'avons-nous pas, en droit commun, des données générales, des données spéciales, les unes indirectes, les autres directes, qui, en vue de notre action recevable avant le décès, justifient la pleine suffisance de la saisine contractuelle et, partant, la parfaite inutilité de la saisine héréditaire ?

2. Ainsi, 1° en général n'est-il pas reconnu que toute chose d'abord possédée ou simplement reçue *en commun* donne lieu, dès l'instant où elle est partagée, à toute rectification, tant soit peu notable, que sollicite ce partage ? A part l'action *familiæ erciscundæ*, n'y avait-il pas celle *de communi dividundo*, comme il y a celle entre tous coassociés, y compris l'action subsé-

[1] Furg., *Test.*, chap. 8, sect. 1, n° 168.

Digitized by Google

quente *et immédiate*, c'est-à-dire celle en lésion après le partage fait? Si donc, investis d'abord et en bloc par une donation, les enfants en faisaient la répartition entre eux, soit par eux-mêmes, soit par un tiers, soit par justice, ne faudrait-il pas admettre que, dès le lendemain, ils eussent action en eux pour en faire réparer telles ou telles erreurs lésives? Et quelle différence y a-t-il entre ce cas et celui-ci? Qu'est-ce que le père partageant, sinon, en cette spécialité, *un expert, un arbitre, un juge*[1]? Ou bien, si la différence (qui est la seule!) consiste en ce qu'il pourrait y avoir, chez lui, une partialité qui ne saurait être aussi facilement supposée chez d'autres, n'est-ce pas, le principe de quotité tenant, une raison de plus pour agir au plus vite?

Ainsi, 2° n'est-il pas vrai que, d'après les anciens et même d'après les modernes[2], les partages d'ascendants n'ont aucune affinité avec les lois prohibitives des pactes sur succession future; que se préoccuper le moins de la moindre corrélation entre ces deux ordres d'idées serait accuser le législateur d'inconséquence et de contradiction; que ces partages produisent dès lors tous les effets contractuels?

Ainsi, 3° et plus spécialement, ne s'ensuit-il pas de là un droit de garantie réciproquement active, passive, actuelle[3]? Et, selon les plus sûrs maîtres de la procédure, le droit d'action n'est-il pas de même nature, de même portée que le droit préexistant auquel il se réfère[4]?

3. D'un autre côté, et non moins spécialement, n'apprenons-nous pas qu'il existe, chez le donataire copartagé comme chez tout autre, une faculté qui prouve, d'une part, combien est inutile l'expectative de la saisine héréditaire, et, d'autre part, combien est seule vraie celle du contrat? C'est la faculté, chez lui également, de renoncer à l'hérédité tout en retenant le don[5].

4. Enfin, et directement, c'est dans les termes les mieux

[1] Furg., chap. 2, sect. 1, n°s 35, 48; chap. 8, sect. 1, n°s 142 à 145. — M. Troplong, n°s 2293 et suiv.

[2] Furg., chap. 2, sect. 1, n° 29. — M. Troplong, n° 2293. — M. Dalloz, n° 4577.

[3, 4] M. Troplong, *Conf. à Zachariæ*, n° 2307. — V. aussi Extrait de la Rev., p. 35 à 39.

[5] Furg., chap. 8, sect. 1, n° 189. — Poth., *Append. sur Orléans*, n° 15. — Boullenois, p. 220 à 223. — Art. 845, Code Nap. — Merlin, *Quest. de dr.*, v° *Démiss.*, § 7.

Digitized by Google

étudiés en cette partie que se trouvent les distinctions simplement rationnelles ci-dessus posées : 1° celle entre les copartagés qui ont reçu une quotité distincte sur des objets distincts et ceux qui ont reçu une quotité pour chacun sur un même tout; 2° celle entre une donation qui n'aurait transmis, en principe, qu'une allocation inférieure à celle que la loi promet pour après le décès, et une donation qui, à part plus ou moins de réserves, transmet autant que la loi elle-même puisse promettre [1].

5. Bien autre chose est et doit être la simple *distribution*, comme l'appelle aussi notre article 1075 (ce qui arrivait lorsque l'on donnait distinctement à l'un le champ Sempronien, à l'autre le champ Sabinien, à l'un les entiers biens en nature, à l'autre tant de sesterces), et bien autre chose était, comme elle l'est encore, ce que l'on appelait *l'institution* collective pour tous. Au premier cas, en effet, on ne possède pas les deux termes indispensables de comparaison pour juger : si l'on y voit ce que chacun a reçu, on n'y voit pas de même ce qui lui était proportionnellement *dû*. Tandis que, au second cas, ces deux termes de la comparaison existent, ils s'y offrent d'eux-mêmes. Et alors est-il besoin de remettre au décès, c'est-à-dire à la vérification de la quote successorale, ce que fournit, toute seule, la vérification de la quote contractuelle?

6. Quant au cas à peu près purement théorique, où la donation aurait conféré à quelques-uns une proportionalité au-dessous de celle promise par la loi, on doit, c'est par trop évident, se résigner à l'heure où sera l'avénement de cette loi. Mais si, par contre, autant vaut le principe d'investiture conventionnelle que le principe d'investiture héréditaire, quel besoin d'attendre d'une autre source ce que l'on tient déjà, de laisser en souffrance divers intérêts, de se heurter ou de sombrer dans les périls, dans les maux certains que nous avons dénoncés?

7. C'est, du reste, dans un bien remarquable complément à cet ordre de choses, si tant était qu'il pût en avoir besoin, que toute difficulté, y compris cette dernière, trouverait satisfaction ample. D'origine romaine, ainsi que nous venons de le voir, mais ayant reçu chez nous une manière d'être toute française, ce que nous appelons ici complément renferme, du vivant des donateurs, à titre anticipé, L'ENTIÈRE SUCCESSION, par conséquent

[1] Furg., chap. 8, sect. 1, nos 165 à 167. — Boullen., p. 187 et suiv.

Digitized by Google

la saisine actuelle et complète que comporterait la succession même (sauf, bien entendu, les réserves qui peuvent avoir été faites dans l'acte sur la disponibilité ultérieure de tels ou tels biens). Mais à part cela, une donation n'est, en ce cas, autre chose qu'un ACTE DE VOLONTÉ DERNIÈRE : *supremum voluntatis judicium, sed jàm nunc, et de præsenti*, ITA UT DONANTIS MORTEM NECESSE NON SIT EXPECTARE [1]; à tel point encore, en pratique, qu'un donataire intervenant dans une instance engagée entre le donateur et celui qui était gratifié de la quotité disponible, mais voulant se désister, fut tenu, par arrêt du parlement de Rennes, sur les conclusions même de ce donateur, de rester en cause, *ad causas intercessionis edendas*, ATQUE DE VIVENTIS SUCCESSIONE *esse disceptatum* [2].

Ce complément, disons-nous, c'est *la démission de biens irrévocable*.

8. D'abord on la retrouve, et de tous points, si l'on s'étudie à bien scruter en détail nos articles 1075 à 1079. Ce qui, en effet, s'y montre de prime abord, c'est une locution inusitée, d'ailleurs non reproduite dans tout le surplus du Code en cette matière : *la distribution*. Puis, sachant toutefois ce que nous venons d'en apprendre, nous comprenons que le mot *partage*, immédiatement apposé, implique la présupposition d'une chose qui était primitivement en commun, et par conséquent ces rapports mutuels de garantie que ne contient pas *la distribution simple:* le tout ainsi entendu notamment en pays de démission irrévocable. Puis encore, c'est l'article subséquent qui, après le mot *partage* employé au singulier et distinctement du mot *distribution*, l'emploie au pluriel, en un sens collectif; et cela avec raison cependant, puisque *la distribution*, si elle ne présuppose pas de même les rapports dérivant d'une chose primitivement commune, n'en est pas moins un mode de partage, un partage de pure et simple *attribution*, pour parler comme on parle dans la pratique actuelle. Du reste, comme si pareille entente n'eût pas suffisamment résulté des notions fournies à cet égard par les errements du passé, c'est ainsi qu'on l'avait littéralement expliqué dans les deux premiers projets du Code [3].

9. D'un autre côté, après les définitions et les mots, quelques

[1] D'Argentré, *Des appropr.*, col. 1023, 1033, 1034.
[2] *Ib.*
[3] Fenet, 1, 389; 2, 296.

Digitized by Google

précieuses remarques sur les choses; et le tout reparaît comme en Bretagne :

1° Une stricte nomenclature des éligibles et des biens qui sont admis (1075, 1076, *in fin.*);

2° Une étrangeté de formes et de prévisions contre les accidents (1078);

3° Dans cette étrangeté, une rigueur qui va jusqu'au point de décerner l'action en nullité même à ceux contre qui, ce semble, cette nullité ne fait point grief (*ibid.*);

4° Dans l'ensemble, une combinaison qui complète le cachet d'identité avec la dernière coutume de Bretagne, en tempérant pour le donateur l'irrévocabilité de son dessaisissement par l'admission d'une quantité partielle, et même d'une réserve sur cette quantité réduite (arg. de l'art. 1077, conféré avec 946)[1].

10. Que si l'on remonte aux avis des Cours d'appel consultées sur le projet de la commission du gouvernement, on voit bien celui d'Orléans en faveur de son ancienne démission *révocable*[2]; mais on y rencontre aussi, en faveur de l'*irrévocable*, celui de Rennes, où étaient journellement pratiquées les traditions de la coutume et la doctrine de d'Argentré[3]. On y rencontre, pour l'acte qui nous occupe, ce caractère *de volonté dernière*, dont nous parlions tout à l'heure, se réalisant néanmoins *jàm nunc et de præsenti*, seul capable, au surplus, de nous expliquer ce que nous venons de voir d'étrange dans l'article 1078. On y lit par deux fois le mot qualificatif, le mot *démission*, si compétemment apprécié, si compétemment approprié au texte alors proposé et conservé depuis. On y lit enfin, comme autrefois chez Lebrun[4], que « le présent chapitre est déplacé au titre « *Des donat. et testam.*, qu'il aurait sa place plus naturelle, au « titre *Des successions*, au chapitre *Des partages et des rapports.* » On y ajoute même (en quoi on n'a eu peut-être que trop raison, en quoi on a fait, disons-le, une prédiction malheureusement trop réalisée aujourd'hui!) que « là où il est il renferme plusieurs « dispositions inutiles qui, au lieu de prévenir (comme on en « avait tant le dessein!) toute division dans les familles, se- « raient des germes féconds de procès et de discordes. »

[1] Extrait de la *Revue*, p. 33 et suiv.
[2] Fenet, 5, 76.
[3] Fenet, *ib.*, 387, 388.
[4] *Succ.*, liv. 1, chap. 1, sect. 5, n° 1.

Digitized by Google

11. Et s'il est vrai, quant aux textes, qu'il ne fut parlé, dans les projets, que de la démission *révocable*, soit pour l'*abolir* [1], soit pour la *prohiber* [2], il n'est pas moins vrai, d'une part, qu'en définitive il n'a été mention de celle-ci plus que de celle-là, et, d'autre part, que ce double silence dans les mots est suppléé par les choses. Du reste, n'est-ce pas même de cette façon qu'il a été procédé pour le cas inverse, c'est-à-dire pour l'exclusion de la démission révocable? Ce qui était certain c'est, comme nous venons de le voir, qu'on n'en voulait pas; seulement on différait sur la manière de le dire. Eh bien! on prit enfin le parti de ne pas le dire du tout dans le texte, le surplus de ce texte suffisant à ce but. « Le partage par testament, fut-il « observé par Jaubert, pourra être révoqué. Et le partage par « donation entre-vifs sera irrévocable *par cela seul* qu'elle veut « (la loi) que ces partages ne puissent être faits qu'avec les mêmes « formalités, conditions et règles prescrites pour les donations « entre-vifs; la loi le dit expressément [3]. » Et ici de même : *par cela seul* qu'elle parle de *distribution* et, à la fois, mais distinctement ou augmentativement, de *partage*, la loi dit assez ce qu'elle entend, ce qu'elle veut.

D'un autre côté, au-dessous de ce silence, n'y a-t-il pas eu une inclination bien connue, et qui, en cette partie du Code comme en beaucoup d'autres, dit beaucoup? Ne savons-nous pas la préférence qui, en général, fut donnée au droit coutumier sur le droit romain? En tout cas, Portalis n'a-t-il pas, au sujet des coutumes, déclaré formellement ceci : « Nous n'avons renoncé « *qu'à celles* dont l'esprit a disparu devant un autre esprit [4]? » Et ici l'inauguration de l'irrévocabilité tempérée n'appelait-elle pas l'irrévocabilité, tempérée aussi, telle qu'elle avait été conditionnée en Bretagne?

12. Ici, enfin, un rapprochement : d'après le droit romain, chez nous-mêmes, il n'y avait pas nullité, comme dans l'article 1078, à omettre l'un des enfants [5]; mais, suivant le droit coutumier, cette nullité était sévèrement stipulée [6]. Or c'est

[1] Fenet, 1, 389, et 2, 297.
[2] *Id.*, 12, 165, 166.
[3] Fenet, 12, 617.
[4] *Disc. prélim.*, Fenet, 1, 481.
[5] Dalloz, v^is *Disp. entre-vifs*, n° 4458.
[6] Boullen., *Quest.* 16, et Furg., n° 161.

Digitized by Google

ce que notre Code a stipulé aussi. Pourquoi? Parce que, à la différence du droit romain, c'était un acte *irrévocable* qu'il avait tout d'abord exigé, et que par suite il lui fallait, quoiqu'il survînt, un monument *de volonté dernière*, une reconfection à nouveau de ce monument, en un mot la transmission permanente et par avance *de la succession même.*

A ces termes, encore une fois, la *qualité*, le droit d'*agir* n'ont-ils pas été conséquemment déférés?

DUBERNET DE BOSCQ.

(*La suite à une prochaine livraison.*)

ÉTUDE HISTORIQUE ET JURIDIQUE

SUR LES SPECTACLES ET SUR LA CONDITION LÉGALE DES ACTEURS

CHEZ LES ROMAINS.

Par M. Lamache, professeur à la Faculté de droit de Strasbourg.

PREMIER ARTICLE.

A Rome comme dans la Grèce, les spectacles publics étaient une partie intégrante du culte. Mais ce qui est particulier aux Romains, c'est le mépris que leurs lois et leurs mœurs faisaient peser sur les acteurs. Caractère sacré des jeux, abjection des gens de théâtre, ces deux traits ressortiront d'autant mieux qu'ils contrastent fortement l'un avec l'autre.

Et d'abord les combats de l'arène ont une origine funèbre et religieuse. Ils se rattachent à l'antique usage d'immoler des captifs dans les funérailles des chefs et des guerriers illustres, les païens croyant apaiser ainsi leurs mânes. Par un adoucissement de la coutume primitive, les prisonniers furent admis à disputer leur vie, et ils combattirent entre eux près du bûcher ou de la tombe du défunt[1]. Ce fut dans des jeux funèbres donnés par Marc. et Dec. Brutus, en mémoire de leur père, que Rome vit pour la première fois un combat de gladiateurs, en l'an 540 de sa fondation[2]. Les bêtes féroces et les bestiaires

[1] Val. Max. — Tertull., *De spect.* — August., *De civit. Dei*, 8, 26.
[2] Val. Max., *De inst. antiq.*, 2, 1.

Digitized by Google

diversifièrent plus tard ces étranges honneurs rendus aux morts. Le veuf, qui pleurait une épouse bien aimée, consolait sa douleur par l'effusion du sang, et associait à son deuil les joies tumultueuses et barbares de la foule : « Vous avez bien fait, écrit Pline le Jeune à un de ses amis, de promettre des gladiateurs aux habitants de Vérone..... C'est à cette cité qu'appartenait votre chère et excellente femme. Vous deviez à sa mémoire de les gratifier d'un ouvrage d'utilité publique ou d'un spectacle. Vous avez choisi celui qui sied le mieux aux funérailles..... Je regrette que les panthères, achetées en grand nombre par vos ordres, ne soient pas arrivées à temps [1]. »

A côté des jeux funèbres se placèrent les jeux sacrés; les dieux célestes eurent leur part des libations sanglantes, primitivement réservées aux divinités infernales, et jusqu'aux fêtes de la sage Minerve furent solennisées par des meurtres. Dans la série des jours consacrés à son culte, « le premier seul est pur de sang, dit Ovide, parce que c'est le jour anniversaire de la naissance de Minerve; mais le second et le troisième sont célébrés en pleine arène, et les glaives tirés du fourreau réjouissent la belliqueuse déesse. » Lorsque les victimes humaines, condamnées à périr sous la dent des bêtes, étaient introduites dans l'amphithéâtre, les bandelettes sacrées de Cérès ornaient leur tête [2], pour rappeler à tous l'idée de sacrifice qui se joignait à celle de châtiment. L'effusion du sang humain était réputée propitiatoire pour les vivants aussi bien que pour les morts. A la veille d'une entrée en campagne, on ne se contentait pas de prendre solennellement les auspices et d'immoler des taureaux; la coutume était de donner en outre un combat de gladiateurs : acte de dévotion dirigé contre l'ennemi, *devotio contra hostes facta;* tribut volontaire payé à des puissances mystérieuses et jalouses, afin qu'elles se montrassent moins avides du sang romain sur les champs de bataille, et qu'elles vissent d'un œil favorable les pieux combattants qui avaient satisfait spontanément à leurs exigences [3].

[1] Plin. ad Max., L. 6, *Ep. ult.*

[2] Tertull., *De spect.* — Acta sanctæ Perpetuæ.

[3] Un auteur qui écrivait à une époque où le sens religieux des anciennes coutumes commençait à s'obscurcir, Capitolinus, *de Maximo*, se demande d'où vient l'usage d'inaugurer les guerres par des jeux de gladiateurs : « Multi dicunt apud veteres *hanc devotionem contra hostes esse factam*, ut sanguine

Digitized by Google

Comédies, pantomimes, courses de quadriges ou courses à pied, scènes de lutte ou de pugilat, concours entre des musiciens ou des poëtes qui se disputaient sur le théâtre les prix offerts au talent, les divers genres de représentations publiques participaient au même caractère sacré. Selon le témoignagne de Varron, cité par saint Augustin, on en aurait trouvé difficilement une seule qui ne fût instituée en l'honneur des dieux mânes ou des autres divinités [1]. « Quel est, dit saint Cyprien, le spectacle sans idole? Quels sont les jeux sans sacrifices? » Cicéron nous montre les solennités du cirque, inaugurées par une procession où les images saintes étaient portées sur un char de triomphe [2]. Une constitution de l'empereur Constance, tout en protestant contre les superstitions païennes, ordonne de laisser subsister les temples des faux dieux, situés dans les environs de Rome, « parce que plusieurs ont donné naissance à des fêtes scéniques ou équestres, et qu'il convient de ne point détruire des établissements qui pourvoient aux plaisirs traditionnels du peuple romain [3]. » Non-seulement, en effet, la dédicace d'un temple nouveau était célébrée par des jeux qui se renouvelaient ensuite à chaque anniversaire, mais les revenus des bois sacrés servaient à défrayer ces spectacles, et c'est pourquoi Festus fait dériver de *luci* le mot *lucar*, par lequel on désignait le salaire des acteurs.

La religion des jeux, *ludorum religio*, pour reproduire le terme caractéristique employé par Valère Maxime [4], comprenait jusqu'à ces fêtes où « les nouvelles épouses, penchées sur leurs époux, contemplaient ce que personne n'aurait osé raconter en leur présence [5]. » Des obscénités et des meurtres étaient souvent l'accomplissement d'un vœu qui avait été fait en vue de conjurer quelque calamité nationale, ou bien la religieuse commémoration d'un événement heureux et l'action de grâces pour le bienfait reçu. Aberration étrange et si humiliante pour l'esprit humain, que les pères de l'Église n'ont cru pouvoir l'expli-

civium litato, specie pugnarum se Nemesis, id est vis quædam fortunæ satiaret. » J'ai traduit littéralement « devotio contra hostes facta, » en prenant le mot *dévotion* dans son acception primitive d'immolation religieuse.

[1] Aug., *De civit. Dei*, 4, 31.

[2] Cic., *Verr.*, 2, 7, 72.

[3] Cod. Théod., 16, 10, L. 3.

[4] Val. Max., 6, 1.

[5] Juven., sat. 10.

Digitized by Google

quer qu'en l'attribuant unanimement à l'influence des esprits de ténèbres!

Les magistrats civils, consuls, préteurs, édiles, préfet de la ville, gouverneurs des provinces, duumvirs des municipes, n'avaient pas seuls mission de donner des jeux et d'y présider; ce dispendieux honneur était une attribution officielle du sacerdoce comme des magistratures, *magistratus et sacerdotiorum editiones*, dit le Code Théodosien[1]. A Rome, quatre colléges, les pontifes, les augures, les quindécemvirs, les septemvirs, présidaient tour à tour aux grands jeux. Sous Tibère, le sénat, voulant faire sa cour au prince, leur prescrivit de les donner collectivement, et, afin d'en rehausser encore l'éclat, il leur adjoignit les prêtres d'Auguste, comme étant spécialement dévoués au culte de sa famille, pour laquelle les vœux s'acquittaient. Le même honneur fut alors réclamé pour les féciaux; mais Tibère, fidèle aux traditions de l'ancien droit sacerdotal, fit rejeter leur demande en démontrant, par de nombreux exemples, que jamais le collége des féciaux n'avait participé à une si éminente prérogative[2]. Carthage était célèbre par les jeux qu'y donnaient les prêtres de toutes les provinces d'Afrique, et, à l'époque de ces solennités, on voyait les ministres sacrés affluer de toutes parts dans la métropole[3]. En Asie, la dépense et la direction des jeux étaient également un office inhérent à certaines dignités sacerdotales, dont les titres survécurent à l'abolition politique du culte païen, mais pour n'exprimer désormais que la haute intendance des plaisirs populaires[4]. Quoique le *jus liberorum* n'exemptât point des honneurs publics, l'empereur Sévère, en considération sans doute de cette lourde charge qui grevait les sacerdoces d'Asie, décida qu'ils pourraient être refusés par quiconque avait cinq enfants[5]. Au reste, ces fonctions sacerdotales étant un apanage de l'aristocratie, les domaines des sénateurs concouraient par certaines redevances aux frais des spectacles placés sous la présidence des prêtres de la province[6].

[1] Cod. Th., 15, 5, L. 1.
[2] Tac., *Ann.*, 3, 64.
[3] Cod. Th., 12, 1, LL. 145 et 176.
[4] Cod. Th., 15, 9, L. 2.
[5] Dig., 50, 5, L. 2, § 1, et L. 8 pr.
[6] Cod. Th., 6, 3, L. 1.

Digitized by Google

Par leur religieuse origine et par les rites sacrés de leur célébration, les jeux publics se rattachaient au *jus sacrum* et, par conséquent, aux études des anciens jurisconsultes : « Jurisprudentia *divinarum* atque humanarum rerum notitia. » Aussi, lorsqu'il s'agit de célébrer les jeux séculaires sous Auguste, non-seulement le temps en fut marqué par les quindécemvirs auxquels il appartenait de garder les oracles des sibylles, mais les cérémonies en furent préalablement expliquées par Ateius Capito, le célèbre rival de Labéon et auteur d'un traité *De jure sacrificiorum*. L'historien qui rapporte ce fait, et qui décrit les expiations, le chant des hymnes, les sacrifices s'entremêlant aux représentations théâtrales, clôt gravement son récit par cette affirmation : « Si l'on avait continué d'observer régulièrement ces rites sacrés, ainsi que l'oracle l'ordonnait, l'empire romain aurait conservé sa puissance [1]. »

Le paganisme transformant donc en actes de religion des plaisirs vers lesquels le peuple n'était déjà que trop porté, et l'institution de l'esclavage assurant d'ailleurs de longs loisirs aux hommes libres, il n'y a pas lieu de s'étonner si une bonne partie de leur existence se passait dans les théâtres et dans les cirques; si la fréquentation des spectacles de telle cité est donnée comme un des indices les plus caractéristiques du domicile [2]; si l'autorité impériale était obligée de s'interposer dans les querelles des provinces et des villes qui se disputaient les jeux, les acteurs, les bêtes [3]; si les lois favorisaient ces fêtes, dont la suppression ou la rareté aurait soulevé le mécontentement populaire : *panem et circenses !* Une offre non encore acceptée, la *pollicitatio*, qui ne produit ordinairement aucun lien juridique, peut devenir obligatoire cependant si elle a été faite à une cité, et elle est telle notamment lorsque des jeux lui ont été promis en vue d'obtenir les honneurs publics ou en reconnaissance des honneurs reçus [4]. Les libéralités qu'une femme fait à son mari, pour le mettre en état de donner au peuple quelqu'une de ces dispendieuses représentations, sont comprises parmi le petit nombre d'exceptions que comporte la prohibition romaine des donations entre époux; la donation

[1] Zozime, *Hist. rom.*, 2.
[2] Dig., 50, 1, L. 27, § 1.
[3] Cod., 11, 50, L. 5.
[4] Dig., 50, 12, L. 1, § 1; L. 10.

Digitized by Google

ludorum gratia est traitée aussi favorablement que celle dont le montant doit servir à exécuter un ouvrage d'utilité publique, ou à assurer une sépulture, ou à faire une offrande aux dieux [1].

Chez nous, un testateur opulent recommande volontiers sa mémoire par la fondation d'un hôpital; chez les Romains ils léguaient à leur municipe des spectacles et des combats [2]. Plusieurs legs de ce genre sont relatés au Digeste [3], sans parler de celui qui fut dicté à l'avare d'Horace par une vanité naïvement grossière : « Staberius a enjoint à ses héritiers de faire graver sur son tombeau le chiffre de sa fortune, sinon de donner au peuple cent paires de gladiateurs et un festin au gré d'Arrius. » Mais que dire de ces deux riches Romains qui ordonnèrent de faire combattre dans le cirque, après leur mort, l'un ses belles esclaves, l'autre les jeunes garçons *quos in deliciis habebat!* [4]. Un immonde et cruel sensualisme dévoile dans ce trait les derniers mystères de sa perversité.

La civilisation romaine ne nous a point laissé de monuments plus magnifiques et plus grandioses que les ruines des arènes. Les combats de gladiateurs et de bêtes féroces occupaient, en effet, le sommet de la hiérarchie sacrée des plaisirs publics. Ils étaient le plus efficace moyen de séduction que les ambitieux eussent à leur service; le don de joyeux avénement qui assurait le meilleur accueil aux magistrats nouvellement élus; le luxe éminemment populaire par lequel un parvenu, un affranchi, un entrepreneur de vidanges se faisait pardonner sa richesse et obtenait les applaudissements de la foule [5]. Quelquefois, ornement monstrueux des festins privés, les duels successifs de plusieurs paires de gladiateurs y alternaient avec les danses des gaditanes et des éphèbes [6].

[1] Dig., 24, 1, L. 5, §§ 8, 12; L. 42. A la vérité, Ulpien ramène ces exceptions à une règle générale qui exempte de la prohibition les donations dont le résultat n'est pas d'augmenter le patrimoine du donataire; mais la dépense des jeux étant obligatoire pour certaines magistratures, le mari, qui la solde avec l'argent de sa femme, gagne réellement ce qu'il a évité ainsi de débourser du sien : *locupletior qui propriæ pecuniæ pepercit.* Le vrai motif de la disposition semble donc être la faveur accordée à la destination de la somme.

[2] Pline, L. 4, *Ep.* 22.

[3] Dig., 30, 1, L. 122; 33, 1, L. 21, § 3; 33, 2, L. 16.

[4] Athen., 4, 39.

[5] Juven., sat. 3.

[6] Liv., L. 9 : « *Gladiatores, quod spectaculum inter epulas erat.* » — Lamprid., *in Heliog.* — Sil. Ital., L. 11, v. 51-54.

Digitized by Google

Que de tels divertissements aient excité les transports de la populace, et qu'ils aient été le passe-temps favori d'un Néron ou d'un Caligula, on ne s'en étonne pas; mais il faut montrer à quel point le sens moral avait été perverti chez les meilleurs par l'habitude et le goût de ces représentations.

Titus, les délices du genre humain, fit périr plusieurs milliers de prisonniers juifs, dans l'amphithéâtre de Béryte, pour fêter l'anniversaire de la naissance de son père [1]. Trajan solennisa son triomphe sur les Daces, par une série de jeux où dix mille gladiateurs s'entr'égorgèrent; et son panégyriste, homme de mœurs douces et de sentiments élevés, loin de voiler un tel souvenir, en prend occasion de vanter la magnificence et l'esprit libéral du prince. Ces spectacles exerçaient une séduction si puissante sur ceux qui s'en étaient une fois enivrés, que des chrétiens, entre deux persécutions, se défendaient avec peine d'y retourner, et ce n'était pas trop de l'éloquence énergique d'un Tertullien pour défendre leur conscience contre les entraînements et les sophismes de la passion. Qui ne se souvient du récit que fait saint Augustin dans ses *Confessions?* Un de ses amis, Alypius, conduit presque de force à l'amphithéâtre, mais s'éloignant par la pensée de ce lieu détesté, tenait les yeux clos, lorsqu'une grande et soudaine clameur excite sa curiosité, surprend sa vertu. A l'instant, dit saint Augustin, son âme est atteinte plus grièvement que le malheureux dont on venait d'acclamer la blessure et la chute. « Dès qu'il voit ce sang, il boit la cruauté. Loin de détourner les regards, il les arrête; et, sans le savoir, il aspire le souffle des furies, il s'associe avec délices au criminel combat, il s'enivre d'une volupté féroce..... Bref, il regarde, il crie, il s'enflamme, et il emporte de là un désir furieux d'y revenir. »

A la vérité, rien n'était épargné pour soutenir et varier l'intérêt du spectacle. Le matin, la chasse, *ludus venatorius*. Des hôtes mystérieux du désert, des animaux jusqu'alors inconnus des Romains, y sont produits à leurs regards; puis les daims et les cerfs, proie facile, bondissent effarés sous une grêle de flèches; puis l'attention se concentre sur les bêtes redoutables. On voit les lions, les ours, les léopards, les taureaux sauvages, tantôt combattre entre eux, tantôt mettre en pièces la victime

[1] Joseph, *De Bello Judaic.*, c. 20.

Digitized by Google

humaine, livrée sans défense à leurs assauts, tantôt se ruer contre le bestiaire. Celui-ci, le coutelas à la main, garanti par le casque, la cuirasse et le bouclier, attend de pied ferme son puissant ennemi; ou bien, sans autre armure défensive que de fortes bandelettes enroulées autour des bras et des jambes, il se dérobe à ses attaques, le harcèle, le fatigue, agitant sous ses yeux une pièce d'étoffe de couleur brillante, jusqu'à ce qu'il ait pu lui porter un coup mortel, ou que lui-même succombe dans la lutte [1]. Malgré leurs prouesses et le large tribut de sang qu'ils payaient aux plaisirs du peuple romain et des divins empereurs, les bestiaires étaient moins prisés que les gladiateurs proprement dits.

Place donc aux héros de la fête! Le bulletin du spectacle, *numerarius libellus*, a fait connaître d'avance le nom de chacun d'eux. C'est à leur meurtrière escrime que l'après-midi est donnée. Diverses sont leurs armes : épée, sabre recourbé, trident, faux; diverses sont leurs dénominations : le *Thrace* et le *Samnite* empruntent les leurs aux peuples dont ils portent l'équipement spécial; l'agile *rétiaire*, tête nue, légèrement vêtu, cherche à envelopper de son filet le *mirmillon* coiffé du casque gaulois, que surmonte l'image d'un poisson; des *essédaires*, captifs bretons ou belges, combattent du haut d'un chariot, selon leur usage national, décrit par César. Aux duels d'homme à homme succèdent des engagements généraux; deux phalanges, comprenant chacune sept cents condamnés, se sont heurtées dans le cirque de Béryte [2]. Que si les luttes régulières commencent à lasser l'attention des spectateurs, un intermède sanguinairement comique, un terrible jeu de colin-maillard réveillera la gaieté populaire : des *andabates*, les yeux bandés, viendront se provoquer, se poursuivre, s'entretuer dans les ténèbres [3]. Enfin, dans les grands jours, la naumachie déploie ses pompes; sur l'arène transformée en lac, des galères se livrent des combats d'abordage, et bientôt les eaux s'empourprent.

Dans ce tableau général considérons isolément une paire de gladiateurs. Voici qu'ils viennent de croiser l'épée sous le feu de cent mille regards qui semblent les dévorer. L'impatience du peuple leur commande plus de hardiesse dans l'attaque que de

[1] Plin., *Hist. nat.*, 8, 21.
[2] Joseph, *Antiq. judaic.*, 19, 7.
[3] Hieron., *Adv. juv.*, 1, 36. — Cicer., *Famil.*, 7, 10.

Digitized by Google

précautions dans la défense; elle ne souffrirait pas trop de lenteur à mourir. L'un d'eux reçoit un coup porté de main de maître : « Bravo! il en tient, *hic habet*, » s'écrient d'une voix enthousiaste les spectateurs, les jeunes filles, les nobles matrones. Le blessé tombe sur la poussière rougie ; jusqu'à ce que le public ait décidé de son sort, le glaive de l'adversaire reste en suspens; malheur au vaincu si, dans ce moment d'angoisse, un geste, un cri, un regard suppliant trahit son effroi : « On hait le gladiateur qui demande grâce, » dit Cicéron [1]; et Sénèque ajoute ironiquement : « Le peuple s'indigne de cette hésitation. Quelle insolence de ne pas mourir volontiers pour son amusement! [2] » Donc le malheureux qui n'a pas su faire bon visage à la mort, ne verra point les assistants joindre les mains et rapprocher les pouces en signe de merci; tous, au contraire, écarteront les mains en renversant les pouces, geste impitoyable qui le dévoue au coup suprême : « On donne présentement des jeux, et, quand le peuple tourne les pouces, on égorge tout pour lui plaire [3]. » A l'amphithéâtre, les vestales devenaient peuple : « Chaque fois que le vainqueur plonge le fer dans la gorge du vaincu, la vestale s'écrie que ce sont ses délices; et cette vierge timide ordonne, en tournant les pouces, que le glaive fouille encore une fois la poitrine qui râle [4]. » Ces pouces, qui font grâce ou qui tuent, ont enrichi la langue latine d'une élégance nouvelle : *utroque pollice laudare* [5].

Dans l'intervalle qui séparait la représentation du matin de celle de l'après-midi, alors que les hommes d'habitudes paisibles et régulières s'étaient retirés dans leurs maisons, délaissant l'amphithéâtre à la populace et aux amateurs les plus obstinés, les mimes, les danseurs, les bouffons essayaient la farce entre les deux drames, et s'ingéniaient à charmer les heures de l'attente. Mais on était bientôt las de ces futilités. Encore du sang! toujours du sang! Au défaut des gladiateurs d'élite, tenus en réserve pour la seconde partie des jeux, on jetait dans l'arène de pauvres hères, presque nus, étrangers à l'escrime. C'étaient

[1] Cicer., *Pro Mil.*, 34.
[2] Sen., *De ira*, 1.
[3] Juven., sat. 3.
[4] Prud., *Cont. Symm.*, 2, v. 1100.
[5] Hor., *Ep.* 18, v. 66.

Digitized by Google

des égorgements purs et simples, auxquels les spectateurs prêtaient la main [1].

Après toutes ces boucheries, des esclaves, munis de crocs, traînaient les victimes au spoliaire. Ils étaient précédés de deux personnages dont le ministère provoquait le gros rire de la foule, quoiqu'ils rappelassent le caractère religieux de ces fêtes. L'un d'eux, sous les traits de Mercure, interrogeait un reste de vie avec l'extrémité de son caducée rougie au feu; l'autre, figurant Pluton, précipitait à coups de massue l'émission du dernier souffle et le départ de l'âme vers les sombres bords [2]. En voyant Rome dans ses amphithéâtres, qui ne serait tenté de redire l'imprécation par laquelle Byron termine ses belles strophes sur le gladiateur mourant!

Comment se recrutaient les milliers d'acteurs destinés à ces drames meurtriers?

Les lions, personnages d'élite qui devaient donner la réplique aux bestiaires les plus distingués, n'avaient pas échappé aux sollicitudes du législateur. Pompée fit paraître en un jour six cents de ces animaux dans l'arène [3]. Une telle consommation aurait promptement anéanti la race, si l'on n'y eût pris garde. Les lions furent donc réservés aux jeux impériaux, et ils ne pouvaient être produits dans les arènes provinciales qu'en vertu d'une autorisation formelle du prince [4]. De plus, la poursuite en fut interdite à tous autres qu'aux commandants des frontières; seuls ils eurent le droit de les chasser et faire chasser en vue des plaisirs de Sa Majesté, à laquelle ils expédiaient ceux qu'ils avaient pu prendre vivants. Cette législation protectrice des bêtes féroces, d'autant plus singulière que la chasse était libre chez les Romains, les conserva en nombre fort respectable, si l'on en juge par le soin que prit un empereur de limiter à sept jours la station que les lions expédiés vers la capitale pourraient faire dans chaque cité, en considération des gros frais occasionnés par la présence de ces hôtes [5]. Honorius et Théodose furent les premiers qui permirent aux habitants des provinces,

[1] Sen., *Ep.* 7. « Mane leonibus et ursis homines, meridie spectatoribus suis objiciuntur. »

[2] Tertull., *Apol.*, 14; *Adv. gent.*, 1, 10.

[3] Cicer., *Famil.*, 7, 1.

[4] Symm., L. 2, *Ep.* 46, et L. 7, *Ep.* 59 et 122.

[5] Cod. Théod., 15, 11, L, 2.

Digitized by Google

non pas de chasser le lion et de le traquer dans ses repaires, mais seulement de repousser ses attaques et d'user contre lui du droit de défense, voulant bien, dans ces limites, préférer le salut de leurs sujets à celui de leur gibier impérial [1]. La chasse du lion n'a été autorisée d'une manière générale que par Justinien qui a amendé, en l'insérant dans son Code, la constitution d'Honorius et de Théodose [2].

Quant aux gladiateurs et aux bestiaires, ils provenaient de trois sources : l'esclavage, les condamnations criminelles, les engagements volontaires.

La victoire versait immédiatement dans les cirques un bon nombre de captifs; mais, habituellement, les combattants esclaves étaient des hommes préparés à leur rôle par une éducation spéciale, choisis parmi les plus robustes et les plus agiles, initiés par le laniste à toutes les ruses de l'escrime. Par une alimentation très-substantielle, combinée avec des exercices violents, on s'attachait à développer chez eux l'énergie musculaire, la richesse du sang, l'ampleur et la beauté virile des formes. Tacite mentionne cette nourriture spéciale des gladiateurs, *saginâ gladiatoria* [3]. Saint Cyprien rapporte que des sucs généreux et nourriciers leur étaient prodigués, afin que les spectateurs eussent plus de plaisir à voir le sang couler de chairs potelées et florissantes [4]. Comme preuve que bon traitement n'est pas toujours bienfait, Sénèque cite les soins intéressés « du marchand de bœufs qui étrille ses bêtes, du laniste qui exerce sa troupe et ne néglige rien pour lui donner bonne figure [5]. » La gymnastique de la salle d'armes ne se bornait pas au maniement du fleuret. Pour exprimer l'idée que l'exorde doit contenir en germe les arguments qui seront développés dans le corps du discours, Cicéron emploie l'image suivante : « Les préludes oratoires ne doivent pas être semblables à ceux des gladiateurs qui brandissent avant le combat une arme dont ils ne font aucun usage en combattant [6]. » « Les exercices préparatoires des gladiateurs, lisons-nous dans Sénèque, se font

[1] *Ibid.*, L. 1.
[2] Cod. 11, 44, L. unic.
[3] Tac., *Hist.*, 2, 88.
[4] « Impletur in succum cibis fortioribus corpus, et arvina assidui nitoris membrorum moles robusta pinguescit, ut saginata in pœnam carius pereat. »
[5] Senec., *De benef.*, 6, 12.
[6] Cic., *De orat.*, 2.

Digitized by Google

avec des armes plus pesantes que celles du combat, et l'assaut dure plus longtemps que la vraie bataille[1]. »

Des bandes de ces esclaves gladiateurs, *familiæ gladiatorum*, appartenaient à César, aux gouverneurs des provinces, aux villes ou même aux particuliers assez riches pour se permettre ce genre de luxe. Mais la plupart étaient la propriété de lanistes qui les dressaient en vue de les vendre ou de les louer pour les jeux. C'est avec un calme parfait que Gaïus, dans ses Institutes, parle des livraisons de gladiateurs destinés aux tueries de l'amphithéâtre; il les mentionne à l'occasion de la vente et du louage, et comme offrant un exemple de la combinaison de ces deux contrats : « Si je vous ai livré des gladiateurs en convenant avec vous que vous me payeriez 20 deniers pour chacun de ceux qui sortiraient intacts de l'arène, et 1,000 pour chacun de ceux qui auraient été tués ou estropiés, y a-t-il vente ou bien y a-t-il louage? Il y a louage relativement à ceux qui sortent intacts, et vente relativement à ceux qui ont été tués ou estropiés. L'événement détermine pour chacun d'eux la nature du contrat, comme si chacun avait été vendu ou loué sous une condition inverse[2]. » Ainsi ce genre de fourniture était une opération usuelle et pleinement licite; la seule difficulté qu'y voie le jurisconsulte, c'est de spécifier le contrat : vente ou louage, selon que les misérables auront versé leur sang ou n'auront versé que leurs sueurs.

Tant que la république subsista, les maîtres eurent le droit de faire descendre, bon gré mal gré, leurs esclaves dans l'arène. L'empire fut moins inhumain à l'égard de ces malheureux. Avant même qu'un rescrit d'Antonin les protégeât d'une manière générale contre les abus excessifs de la puissance dominicale, la loi Petronia, portée dès le règne d'Auguste[3], réprima spécialement un des plus odieux, en défendant qu'un simple caprice du maître pût dévouer un esclave aux jeux sanglants de l'amphithéâtre. Désormais il fallut le consentement de l'esclave acceptant l'office de gladiateur ou de bestiaire, ou bien l'intervention du magistrat qui le lui imposait comme châtiment[4], et alors il cessait d'appartenir au maître pour devenir

[1] Sen., *Controv.*, 24, 5.
[2] Gaïus, *Inst. comm.*, 3, § 146.
[3] Date controversée toutefois.
[4] Dig., 48, 8, L. 11, § 2.

Digitized by Google

servus pœnæ[1]. D'une autre part, Auguste, ayant à cœur de souenir et de relever la dignité du titre de citoyen romain, ne voulut pas que les maîtres pussent faire pénétrer des hommes tarés dans la cité par la voie des affranchissements. D'après la loi Ælia Sentia, portée également sous son règne, les esclaves livrés pour combattre dans l'arène, s'ils venaient à obtenir la liberté, étaient relégués dans la classe des déditices, et, par conséquent, incapables de jamais entrer dans celle des citoyens[2].

Il est d'expérience que, dans les pays à esclaves, les lois destinées à protéger ces malheureux, ne reçoivent qu'une exécution fort incomplète. En l'an 312, Constantin se crut obligé de renouveler la défense faite aux maîtres, et sa constitution *de emendatione servorum*, qui énumère et réprouve les procédés très-variés qu'employait leur cruauté, leur interdit notamment de faire déchirer leurs esclaves par des bêtes féroces[3]. En tout cas, la loi Petronia paraît avoir été sans application aux prisonniers de guerre, puisque, sous les meilleurs princes, on en voit des milliers passer du champ de bataille dans l'arène. Apparemment on ne leur demandait pas si la récréation était de leur goût. Même après l'édit de Constantin contre les spectacles de gladiateurs, et peu de temps avant leur abolition définitive par Honorius, Symmaque, ce pontife éloquent et zélé du paganisme expirant, acheta des prisonniers saxons destinés à des jeux par lesquels il allait célébrer la préture de son fils. A cette occasion il écrivit à son ami Flavien une lettre dans laquelle il se désole, se plaint amèrement de ce que vingt-neuf de ces barbares l'ont fraudé par leur suicide et ont mieux aimé se pendre que de concourir à ses fêtes.

Les condamnations criminelles étaient le second moyen de recrutement. Tertullien, s'adressant aux païens, fait contraster leur dépravation avec l'innocence des mœurs chrétiennes : « Ce sont exclusivement les vôtres qui s'entassent dans les prisons, les vôtres dont les gémissements montent du fond des mines, les vôtres dont la chair engraisse les bêtes féroces, les vôtres qui renouvellent les troupeaux de condamnés que les jeux dévorent. Parmi eux pas un chrétien, à moins que son seul crime ne soit d'être chrétien..... »

[1] Dig., 48, 19, L. 8, § 12.
[2] Gaïus, *Inst. comm.*, 1, § 13.
[3] Cod. 9, 14, L. unic.

Digitized by Google

Ce ne fut qu'à l'époque de sa pleine civilisation, vers la fin de la république, que Rome emprunta aux Africains et aux Asiatiques l'usage barbare de donner en spectacle des condamnés dont les uns, sans armes ou même attachés à un poteau, étaient purement et simplement déchirés par les bêtes, dont les autres, libres dans leurs mouvements et armés, essayaient contre elles une lutte trop souvent inégale. Sylla, le premier, fit paraître dans le cirque des lions déchaînés; Pompée, le premier, y fit lacérer et écraser des coupables par un troupeau de dix-huit éléphants [1]. On sait que ce genre de spectacles devint, sous l'empire, un des plus fréquents et des plus chers au peuple, surtout dans les temps de persécution contre les chrétiens.

Les condamnés aux bêtes, *damnati ad bestias*, étaient voués à une mort certaine, et la subissaient ordinairement dès les premiers jeux qui suivaient la sentence, à moins qu'on ne les mît en réserve pour leur arracher des aveux contre d'autres accusés [2]. Au contraire, quelques chances de salut restaient aux condamnés *ad ludum venatorium* [3], et même tous n'étaient pas destinés à combattre les bêtes féroces; plusieurs avaient une mission moins périlleuse, qui était de varier les agréments du jeu de la chasse en dansant la pyrrhique et en récréant les spectateurs par leurs tours de force ou d'adresse; mais ces pauvres *clowns* du cirque romain étaient bel et bien esclaves, *servi pœnæ*, tout comme les bestiaires [4].

Selon une constitution de Constantin, les voleurs d'enfants, si ce sont des esclaves ou des affranchis, doivent être exposés aux bêtes; et si ce sont des ingénus, ils doivent être condamnés *ad ludum gladiatorium* et « périr nécessairement par le glaive [5]. » C'est là une disposition exceptionnelle, motivée par la fréquence et l'énormité du crime des misérables « qui viventium filiorum miserandas infligunt parentibus orbitates, » selon les énergiques expressions du texte. En général, la condamnation au jeu du glaive n'était pas un arrêt de mort inéluctable. Ulpien nous apprend que les condamnés pouvaient, au bout de

[1] Sen., *De brevit. vitæ*, c. 13.

[2] Cod. Th., 9, 18, L. 1. — Dig., 48, 19, L. 29.

[3] Dans plusieurs textes, les mots *damnati ad bestias* sont employés dans un sens général qui comprend les condamnés *ad ludum venatorium*.

[4] Dig., 48, 19, L. 8, § 11.

[5] Cod. Th., 9, 18, L. 1.

Digitized by Google

trois ans, être exemptés de combattre, pour ne plus fournir, sans doute, que les services de laniste ou instructeur, et qu'après cinq années ils pouvaient obtenir le bienfait d'un complet affranchissement[1]. Le bonnet était le signe de la liberté octroyée. Quant au congé qui les dispensait en premier lieu des labeurs dangereux, on le leur accordait en leur remettant un fleuret de bois, *rudis*, pareil à celui qui servait dans les leçons d'escrime, d'où leur nom de *rudiarii*. Ce fleuret inoffensif, remplaçant le glaive, est une image que les poëtes emploient volontiers pour exprimer la sécurité mieux goûtée après le péril[2]. Assez souvent les acclamations enthousiastes de la foule, excitées par les prouesses d'un combattant, par quelque marque extraordinaire de vigueur et d'audace, par un carnage insigne qu'il avait fait, avançaient le terme de sa délivrance : « Ce même peuple qui demande qu'on jette au lion le meurtrier fameux, réclame à grands cris, en faveur du gladiateur forcené, le fleuret de congé et le bonnet d'affranchi[3]. » Lorsque le bienfait de la liberté était accordé à des combattants esclaves de particuliers, ceux-ci devaient recevoir une indemnité du Trésor, quoique je ne me rappelle aucun texte relatif à cette expropriation pour cause d'enthousiasme public.

P. LAMACHE.

(*La suite à une prochaine livraison.*)

[1] Ulp., *De abig. Coll. leg. mosaic. et rom.*, 11, 7.
[2] Ovid., *Am.*, L. 2, *Eleg.* 9.
[3] Tert., *De spect.*, c. 21.

Digitized by Google

UNIV. OF MICH. LAW LIBRARY

DE LA JUSTICE ET DES AVOCATS EN BAVIÈRE.

MONOGRAPHIE DE LA PROCÉDURE CIVILE COMPARÉE EN ALLEMAGNE ET EN FRANCE,

Par M. E. Zink, président de chambre à la Cour suprême du royaume de Bavière.

INTRODUCTION DE CET OUVRAGE

Traduite par M. L. Bonneville de Marsangy, annotée par M. H. Becker, avocats à la Cour impériale de Paris.

De même qu'il y a des règles du langage, il existe des lois de procédure. Les unes apprennent à parler et écrire correctement; les autres enseignent à rendre la justice, ce premier des besoins dans les sociétés civilisées. La procédure civile est et doit donc être le guide du magistrat dans l'examen du fait et la recherche de la vérité; mais où trouver la meilleure loi de procédure?

Sera-ce dans les pays germaniques, où le juge, lié dans son appréciation souveraine par une sorte d'échelle ou tarif de preuves, gêné dans ses allures par un formalisme exagéré d'école, ne peut se mouvoir que selon les volontés des parties et les subtilités intéressées de leur conseil? Que penser de cette situation automatique du juge allemand?

Ou bien adoptera-t-on les idées et les traditions françaises, qui confèrent au magistrat, du haut de son siége, une autorité et un respect général, par cela qu'elles lui donnent une indépendance absolue de conscience, une parfaite liberté de mouvement pour rechercher ce qui est vrai et juste dans le fait du procès?

Sur cette intéressante question, deux éminents magistrats et savants publicistes, l'un appartenant à la Cour impériale de Paris, l'autre à la Cour de cassation de Munich, viennent de nous faire des révélations qui ne peuvent manquer d'attrait pour les lecteurs d'une revue de législation.

« La supériorité, dit le magistrat français [1], de notre *Code de*

[1] V. l'excellent article de M. le conseiller Bonneville, dans la *Gazette des Tribunaux* du 14 septembre 1860.

Digitized by Google

procédure civile, est loin d'être aussi notoirement établie qne celle de notre Code civil; et cependant tous ceux qui, sans redouter l'apparente aridité du sujet, veulent le méditer, et le comparer soit aux anciennes formes qui présidaient aux litiges, soit aux Codes de procédure des autres nations, seront également forcés de reconnaître que notre procédure civile française, telle imparfaite encore qu'elle puisse être, n'en est pas moins la meilleure des procédures civiles de l'Europe.

« Nous venons donc, avec autant de confiance que de juste orgueil, signaler à l'attention publique un témoignage considérable et tout nouveau de la justice rendue à nos lois françaises.

« Un des plus éminents magistrats de la Cour suprême de Bavière, M. le président Zink, vient de publier à Munich un très-remarquable ouvrage, fruit de profondes études théoriques et d'observations pratiques faites durant le cours de sa longue et laborieuse carrière.

« M. Zink n'avait pas tardé, dès le début de ses fonctions judiciaires, à constater les lacunes nombreuses et les vices fondamentaux de la procédure civile allemande. Cette procédure n'est, en effet, qu'une aggrégation compliquée de formes, de prescriptions, de subtilités, sans liens d'unité, sans principes généraux supérieurs; qu'un mélange indigeste d'emprunts faits au droit romain, au droit canonique, aux coutumes féodales.

« En présence de cet état de choses si peu en harmonie avec les exigences du siècle, le savant magistrat n'a pas hésité à faire abstraction de tout sentiment d'amour propre national et, n'écoutant que le désir d'être utile à son pays, il a pris à tâche de lui indiquer, à la lueur des vrais principes, les moyens les plus efficaces de réformer radicalement une législation dont les notoires défectuosités entravent chaque jour l'œuvre bienfaisante de la justice civile.

L'auteur de l'article auquel nous empruntons ce passage formait, en terminant, le vœu « qu'un des jeunes membres de la magistrature ou du barreau, possédant suffisamment la langue de Goethe, voulût, par une traduction, mettre ce livre précieux à la portée de tous les légistes français.

Ce vœu était trop sympathique à tous ceux qui s'occupent du droit comparé pour ne pas trouver un écho favorable. Nous

Digitized by Google

nous sommes mis immédiatement à l'œuvre, afin de donner la traduction d'un ouvrage qui réunit tout : philosophie, littérature, théorie et pratique. Mais il appartenait à l'un de nos jeunes confrères, à M. L. Bonneville, de tenter les premiers pas dans cette délicate entreprise; il semblait, en effet, mieux placé que tout autre pour bien reproduire une œuvre de législation comparée; c'est à lui que revenait donc naturellement le privilége de nous offrir la traduction fidèle de l'introduction du livre de M. Zink. Cette introduction étant, par elle-même, un résumé complet de l'œuvre entière, nous présentera un aperçu de ce qui se passe chez nos voisins d'outre-Rhin. Le livre de M. Zink, indépendamment de son opportunité propre, vient d'acquérir un puissant caractère d'actualité par l'importante mesure prise par M. le chevalier de Schmerling, ministre secrétaire d'État de l'empereur d'Autriche, mesure qui présage toute une révolution dans la procédure judiciaire[1]. Toutefois, nous avons pensé qu'il devenait indispensable de compléter cet aperçu par des notes explicatives placées dans le cours de cette introduction, et de terminer par un exposé de la situation actuelle de la justice et des avocats en Bavière.

[1] Le *Moniteur* du 27 décembre 1860 contient une circulaire du chevalier de Schmerling, ministre d'État de l'empereur d'Autriche, adressée aux gouverneurs des provinces, et recommandant les propositions suivantes : Notre expérience propre et l'expérience étrangère nous ont convaincu, ainsi que la plus grande partie de l'Europe, qu'il faut que la justice soit séparée de l'administration, et que la justice, dans ses deux branches, le droit civil et le droit criminel, ne pourra être en harmonie avec les autres institutions de notre vie sociale, que par une procédure placée sous le contrôle de la publicité et véritablement orale.

Alors qu'en toute autre chose, dans l'industrie et le commerce, le mouvement est devenu très-rapide, il n'est plus possible que la justice seule conserve ses anciennes lenteurs, qui étaient conformes sans doute au caractère du temps passé, mais qui ne répondent plus au temps présent.

Et quelques jours après cette circulaire, une commission spéciale a été formée au ministère de la justice, à Vienne, pour élaborer un nouveau Code de procédure civile. (*Note de M. Becker.*)

Digitized by Google

TRADUCTION DE L'INTRODUCTION.

« La vérité méconnue s'écrie : le torrent de l'opinion « m'entraîne; aujourd'hui on m'appelle hérésie, demain « je serai axiome. »

J. A. SEUFFERT.

I.

Lorsque, dans la séance de la chambre des députés de Bavière, du 19 novembre 1847, l'ancien vœu d'une réforme fondamentale de l'administration de la justice fut de nouveau remis en discussion, l'orateur du gouvernement, pour démontrer les difficultés d'une telle entreprise, déclara, entre autres choses, que « un jurisconsulte allemand devait, sous bien des rapports, *oublier, pour ainsi dire, toute sa science*, s'il voulait devenir un habile jurisconsulte *palatin*, et ne pas échouer sur cette terre étrangère [1], [2].

Ces paroles, alors accueillies par des sourires incrédules, n'en contiennent pas moins une profonde vérité; seulement, pour être bien comprises, elles ont besoin de quelques explications.

L'administration de la justice, selon sa nature, comprend des fonctions différentes : la fixation des faits litigieux et l'application du droit au fait établi.

Cette dernière opération est à peu près la même dans tous les pays et sous l'empire de presque toutes les lois. L'intelli-

[1] Discussion à la Chambre des députés de 1847. Procès-verbal, vol. IV, page 123. (*Note de l'introduction.*)

[2] Il est nécessaire de faire remarquer ici que le royaume de Bavière n'est pas soumis à une seule et même législation. Les changements politiques qu'a subis le royaume de Bavière font comprendre cette diversité de lois, tels que le droit commun allemand, les lois ou coutumes locales et le droit français. Au point de vue géographique, ce royaume se compose aujourd'hui de deux parties séparées par le royaume de Wurtemberg et le grand duché de Bade, et situées l'une à l'est, sur le Danube, l'autre à l'ouest, sur la rive gauche du Rhin, cette dernière que l'on appelle la Bavière rhénane. Elle faisait partie du premier empire français, ainsi que les autres provinces rhénanes, mais elle a été reprise en 1815 par suite des stipulations du congrès de Vienne. Cette partie de la Bavière rhénane, qui était autrefois le palatinat dont le chef-lieu est la célèbre ville de Spire, a néanmoins conservé les Codes français, et même le notariat français, tandis que la vieille Bavière, comme la vieille Prusse, n'a pas changé sa législation allemande.

(*Note de M. Becker.*)

Digitized by Google

gence et l'érudition de tous les juges s'orienteront toujours facilement, quelque diverses que soient les modifications subies par les codes.

Il n'en est pas de même en ce qui concerne l'établissement des faits du procès, et cependant ce point est tout aussi important, pour parvenir au but qu'on se propose, que de connaître à fond les lois en vigueur, de les interpréter avec discernement, et de savoir bien les appliquer aux faits de la cause.

En effet, quelque savamment déduite que soit une décision (car cela est indifférent à la partie), elle n'en est pas moins mal accueillie de celle-ci, lorsqu'elle a perdu son procès; elle prétend alors que le juge n'a pas su voir ce que l'aveugle lui-même verrait presque, et qu'il n'a pas voulu se laisser convaincre par des preuves qui ne permettent aucun doute raisonnable.

L'échappatoire (*ausflucht*) si connu du *non jus deficit sed probatio*, ne pourra jamais être une excuse admissible pour une administration de la justice prise dans son ensemble, quand même les lois auraient posé sur ce point de trop rigoureuses limites, et auraient établi à un degré peu facile à atteindre les conditions requises pour fixer la conviction du juge.

En ce qui concerne l'application du droit aux faits du procès, les tribunaux allemands et français se trouvent à peu près sur la même ligne; mais il n'en est pas de même pour démêler ces faits. Sur ce point, il existe deux systèmes en opposition complète dans les deux pays, et leur comparaison jette sur la justice en Allemagne une ombre défavorable, en laissant voir de combien celle-ci est en arrière.

Chez nous, en Allemage, la théorie des preuves est soumise à des règles fixes et positives, et elle aboutit étroitement à une vérité de convention et de forme [1]. En France et sur la rive

[1] En Bavière la procédure a conservé l'*Eventual-Maxime*. Le juge est tenu de décider à l'avance, dans son jugement interlocutoire, le gain du procès, en y comprenant tous les chefs, formules et moyens de preuve proposés par chacun des deux plaideurs. — Exemple : Si le demandeur prouve contre le défendeur qu'il lui a prêté 500 florins, que ce dernier soit dès à présent condamné à les payer; si au contraire le défendeur prouve qu'il n'a rien reçu, que le demandeur soit repoussé dès à présent de sa demande.

L'on voit, par cet exemple qui pourrait facilement être plus compliqué, que le juge, dans le dispositif de son jugement interlocutoire, s'est lié les mains, et qu'il ne peut plus, même après *la preuve consommée*, apprécier de nouveau les faits. Et comment s'opère cette preuve? Avant la première révolution française, la preuve par témoins s'exécutait en Allemagne comme

Digitized by Google

gauche du Rhin (ce qui est la même chose), les circonstances de la cause sont, au contraire, appréciées selon l'impression naturelles qu'elles produisent sur l'esprit du juge, avec une entière liberté de conviction.

La procédure de preuve et surtout la fixation des faits de la cause dans la procédure française, dépasse dans la conception allemande, l'idée commune qu'on pourrait s'en faire; c'est une sorte de particularité qui mérite à elle-seule une considération toute spéciale.

en France, selon la pratique romaine, à savoir que le témoignage d'un seul témoin *classique* (*idoneus*) n'était pas suffisant, il fallait deux témoins classiques pour constituer une preuve complète. (*Testis unus, testis nullus.*) Les témoins reprochables ou suspects ne valaient que la moitié, le tiers ou une fraction plus minime encore d'un témoin classique; les femmes étaient comprises dans les témoins non classiques, et dans certaines localités le témoignage d'une vierge valait plus que celui d'une veuve.

Cette théorie subsiste en Allemagne et en Bavière; elle n'avait pas manqué de frapper l'esprit pénétrant de Napoléon Ier. Après la conquête des provinces rhénanes, se trouvant en Allemagne et entendant parler de ce formalisme germanique et de ce tarif de la preuve par témoins, que lui vantait un savant jurisconsulte du pays : « Ainsi donc, lui dit l'empereur, un honnête homme par son témoignage ne pourra pas faire condamner un coquin, tandis que deux coquins pourront faire condamner un honnête homme. »

Il appartenait à la procédure civile de l'Autriche de posséder une théorie de la vérité formelle encore plus compliquée que celle du droit commun allemand et celle de Code de Bavière. D'après le Manuel du professeur Beidtel (*Procéd. ordin.*, § 135), la loi donne pour la mesure du point haut et du point bas de la vraisemblance de sûrs points d'appui : « Au-dessous du milieu de l'échelle de vraisemblance, la loi place un point de repos (*sic*). Sur ce point de repos la preuve juridique est une deuxième demi-preuve. Au-dessous de ce point de repos elle s'appelle une première demi-preuve. En haut de l'échelle de probabilité nous rencontrons la preuve complète. (Une note ajoute que la partie supérieure de l'échelle peut valoir deux tiers, et la partie inférieure, considérée comme deuxième demi-preuve ou preuve complétive, peut valoir un tiers d'une preuve complète.) Pour constituer une preuve complète, on énumère maintenant vingt conditions différentes, dont la plus capitale est l'aveu judiciaire; le n° 15 se forme en général de deux demi-preuves, dont chacune est apte à faire une première demi-preuve. Donc cinq combinaisons de moyens de preuves constituent une première demi-preuve; pour faire une deuxième demi-preuve il n'y a que le serment supplétif, un témoin douteux ou un témoin reprochable. Au-dessous d'une demi-preuve, il y a les présomptions qui ne sont pas fondées dans la loi. »

Nous laissons sans la juger, à nos lecteurs, le soin d'apprécier le mérite de cette invention algébrique appliquée à la procédure civile.

(*Note de M. Becker.*)

Digitized by Google

Depuis longtemps, les opinions les plus estimables s'accordent pour vanter aux habitants du sol allemand les avantages du système de procédure suivi en France, et leur recommandent de l'imiter. Elles le présentent comme une planche de salut qu'il faut s'empresser de saisir, comme un remède universel devant faire disparaître toutes les défectuosités qu'offrent nos institutions.

Malgré ces éloges, la procédure civile française est encore, pour beaucoup de nos jurisconsultes allemands, une *terra incognita* et, pour bien des juges, un *spanisches dorf*[1].

La liberté avec laquelle les juges pèsent la vérité des faits de la cause, l'élasticité de leurs jugements et la pénétration hardie avec laquelle ils scrutent les plus secrètes complications du procès, sont des choses dont on ne se doute pas dans les tribunaux allemands, et qui nous remplissent d'étonnement, lorsque par hasard nous en entendons parler. Pourquoi? Par la raison que l'on est trop souvent disposé, chez nous, à rejeter avec mépris toute innovation relative à ce point de la procédure, sous prétexte que cela jure avec la gravité et la confiance accordée à la justice.

Répandre quelque lumière sur une question encore si obscure, et qui cependant forme l'objet d'une vive lutte entre les opinions du jour, est un devoir que requiert l'intérêt du progrès. La théorie de la preuve en Angleterre a déjà eu, dans la littérature allemande, sa monographie[2]; pourquoi la procédure française qui nous touche de bien plus près, et est en rapport bien plus fréquent avec la procédure allemande, n'aurait-elle pas un égal titre à notre étude?.....

Au reste il ne s'agit au fond que de rechercher et de renouer d'anciens liens de parenté entre deux descendants d'une même race; car quelles que soient les différences dans les formes extérieures, et quelqu'insolites que puissent paraître au premier abord les ressources que présente la procédure française eu égard à la procédure allemande, un examen comparatif plus approfondi des particularités de notre propre procédure révélera des rapports bien connus; il amènera aussi ce résultat surprenant de nous montrer combien fréquemment compètent

[1] Illusion, château en Espagne. (*Note du traducteur.*)

[2] *Droit anglais des preuves de Best*, commenté par Marquardsen. (*Note de l'introduction.*)

Digitized by Google

au même but les directions parallèles des deux procédures, pourvu que l'on veuille se donner la peine d'envisager les points d'analogie et mettre tant soit peu au jour les points de contact.

II.

Il y a longtemps déjà que la législation particulière des États allemands accomplit une pénible révolution autour de cette réforme de la procédure judiciaire, en prenant pour guide la procédure française. L'esprit libéral de l'époque a donné partout une vive impulsion dans cette voie, et les heureux résultats de l'essai que l'on en a tenté provisoirement dans les matières criminelles sont certainement propres à fortifier encore cette tendance [1].

En Bavière il existe au moins, quant à la forme, une promesse solennelle de réforme dans ce sens. L'article 15 de la loi fondamentale de 1848 dispose que « *lors de l'élaboration future d'un nouveau système de législation, le point de départ sera les institutions en vigueur sur la rive gauche du Rhin, dont on devra adopter finalement les principes* [2]. » Mais comment serait-il possible d'accomplir heureusement une réforme aussi radicale de nos institutions judiciaires, alors que maintenant encore on n'y a pas préparé les esprits des juges, des avocats, dans les diverses régions de la vie pratique.

Le renvoi à la nouvelle loi et les prescriptions que celle-ci contiendra peuvent tout au plus être considérés comme un moyen suffisant de succès. Si l'on veut introduire dans un pays

[1] En 1857 la *Revue critique* (t. X, p. 81) disait qu'en 1852 les espérances de l'Allemagne étaient vives pour préparer les matériaux d'une législation uniforme et nationale pour toute l'Allemagne ; mais cet espoir fut déçu ; il n'y eut que la lettre de change (probablement à cause des nécessités du Zollverein) qui, en 1848, fut appelée à régir uniformément l'Allemagne. On avait tenté en effet, par des publications importantes, l'entreprise d'un Code civil et d'un Code de procédure civile uniforme pour toute l'Allemagne.

Cependant on ne peut nier aujourd'hui, ainsi que le prouvent l'ouvrage de M. Zink et la circulaire de M. de Schmerling, que la révolution juridique en Allemagne fait de grands progrès. Dans la séance du 17 novembre 1860, la commission permanente des jurisconsultes allemands siégeant à Berlin a discuté de quelle manière, sans prendre le chemin de la pétition, on effectuerait la publication pour toute l'Allemagne d'un Code de procédure civile, d'un Code pénal et d'un Code du droit d'obligation. (*Note de M. Becker.*)

[2] *Bulletin des lois* de 1848, page 143. (*Note de l'introduction.*)

Digitized by Google

allemand la procédure française à peu près sous forme de retouche modificative (*modificirten ueberarbeitung*), ainsi qu'on l'a fait, il y a dix ans, pour le Code de procédure criminelle, cela n'aura que peu de succès, et à coup sûr la plus amère désillusion succédera immédiatement à cet essai. Ce serait alors le cas d'appliquer les paroles du chancelier anglais Bacon : « *Leges vivæ in complexu mortuarum perimuntur.* (*De just.*, aphor., 57.)

La procédure civile française (et cette procédure, chez nous, est essentiellement différente de la procédure criminelle), quand on la considère au grand jour, apparaît comme une loi grandiose, qui s'étend sur le domaine tout entier de la procédure judiciaire. Les nombreux moyens de décision, les expédients divers, les ramifications de la puissance judiciaire, bien que tous ces éléments soient sous son autorité incontestable, et qu'elle en fasse un usage journalier, ne sont de la part de la loi l'objet d'aucune disposition. Elle n'avait pas d'ailleurs besoin de le faire, parce qu'ils avaient jeté de profondes racines dans l'esprit de toute l'administration de la justice, dans les traditions des magistrats comme dans les usages des avocats, et que leur transmission à d'autres générations était par cela même suffisamment assurée.

Mais rien n'est plus difficile que de transplanter dans un terrain neuf cette partie invisible, qui ne se maintient que par une pratique uniforme; de transporter cette portion d'un système juridique à l'aide de l'introduction d'un texte. Néanmoins cette transition est si importante que c'est de là en majeure partie que doit dépendre le succès de toute une institution. Les moyens ordinaires qu'on voudrait employer pour réaliser cette harmonie dans le monde juridique, en exposeraient l'application à de grands hasards [1].

Une circonstance qui menace encore d'augmenter les difficultés d'un tel changement, c'est le peu de précision des opi-

[1] Le professeur Gaib, de Zurich, né en Palatinat, remarque dans sa *Réforme de la justice allemande*, Leipsig, 1848, page 89 :

« Si nous résumons tout ce que nous avons dit jusqu'ici, il reste la preuve plus que suffisante à mon observation (page 63), c'est que, d'abord pour la procédure civile, il ne faut en aucune façon nous restreindre à opérer une simple retouche du Code français, mais notre réforme future doit plutôt être une complète métamorphose de ce Code, *devenir une véritable construction nouvelle.* (*Note de l'introduction.*)

Digitized by Google

nions allemandes sur le rapport dynamique qui existe entre les procédures allemande et française. Un sentiment fort répandu, j'oserai même dire un sentiment général, consiste à penser que les grands principes de la procédure française, tels que la publicité, la discussion orale et plusieurs autres formes, au milieu desquelles le procès suit extérieurement son cours, constitueraient les principales causes de sa supériorité, et qu'il suffirait de les adopter pour accomplir une réforme radicale ; que du moment qu'une loi nouvelle leur aurait donné sa sanction, ces principes transmettraient par eux seuls à nos lois, comme d'un coup de baguette, l'esprit qui anime les lois françaises, ainsi que leur essence, et l'on croirait alors compter sur des résultats analogues et tout aussi favorables. En effet, quelques projets de procédure allemande, comme il s'en présente d'ordinaire de temps à autre dans les ministères, forment la preuve authentique de la prédominance de cet optimisme illusoire.

Mais aucune erreur ne peut être plus manifeste que ce raisonnement, et il est urgent, autant dans l'intérêt de la science que dans celui de la pratique, de la mettre en évidence dans toute l'étendue de son énormité.

III.

Les ressorts cachés de la supériorité de la procédure française consistent en d'autres points. Il importe peu, en effet, de continuer à faire extraits des actes de procédure que les parties nous présentent, ou que les avocats nous lisent en audience publique leurs mémoires conçus dans le même esprit. Il est également indifférent que les citations émanent désormais du tribunal ou soient directement données par des huissiers, que les significations aient lieu d'avocats à avocats[1] (*von anwalt*

[1] En Allemagne, et notamment en Bavière et en Wurtemberg, l'avocat cumule les fonctions de mandataire légal ou avoué. Il postule et il plaide.

Dans la Bavière rhénane, les avocats se partagent avec les huissiers les formalités de ventes forcées, mobilières et immobilières. Ainsi les huissiers font la saisie, les avocats dressent l'affiche de la vente, et dans la vieille Bavière ils sont quelquefois nommés notaires de tribunaux de commerce pour les confections de protêts de lettres de change. (Euler, *Du nôtariat en Prusse*, pages 40-66.)

En Saxe l'avocat est appelé à représenter ses clients par la parole et les écrits, devant les tribunaux et autres autorités publiques, pour toute espèce

Digitized by Google

zü anwalt), et qu'enfin le juge reste étranger à l'instruction de la cause. Il importe peu que dans la chambre du conseil le vote commence par le plus âgé ou par le plus jeune des magistrats qui, cependant, ne s'est jamais laissé intimider par l'autorité de ses anciens, ou bien que le président ait voix prépondérante dans tous les cas, ou prépondérante seulement en cas de partage. Il n'importe pas davantage que les jugements soient infirmés ou annulés par la Cour d'appel, que les motifs de la sentence soient en tête ou modestement placés après le dispositif, enfin qu'il existe encore dans la forme quelques autres divergences.

Ce qui importe, au contraire, c'est que *la preuve du fait* soit enfin, dans la procédure allemande, délivrée des chaînes déplorables d'un formalisme suranné, qui ne servent qu'à entretenir une injuste méfiance à l'égard de la conviction du juge. Ce qui importe surtout, c'est que le magistrat, après les conclusions des parties, s'élève à la hauteur d'une appréciation libre et large, de façon qu'il puisse envisager chaque circonstance sous son véritable jour. Ce qui importe encore plus, c'est qu'on rende aux tribunaux la force et l'autorité qui leur sont nécessaires pour déjouer et, au besoin, réprimer vigoureusement les misérables intrigues qu'à chaque instant on oppose à leur action. Ce qui importe enfin, au plus haut degré, c'est qu'on donne à la justice des ailes pour prendre un nouvel essor, et qu'on inspire aux magistrats le courage d'opposer une résistance énergique aux manœuvres injurieuses devant lesquelles leur zèle consciencieux avait l'habitude de s'arrêter. Il est une condition indispensable à toute réforme, qui prétend mériter le nom de progrès et relever la justice du degré d'abaissement actuel où elle est tombée, c'est qu'elle fasse renoncer pour toujours les parties et leurs défenseurs à ces honteuses chicanes et à ces machinations déloyales, au moyen desquelles elles ont eu jusqu'à présent toute liberté de jeter le cours de la justice dans un chaos sans fin. Ce qui faut, c'est que le mal, que les parties prétendent éviter en bravant ainsi toute autorité constituée, retombe chaque fois et trois fois plus sévèrement sur les auteurs du méfait.

d'affaires pendantes ou non pendantes. L'avocat peut même dresser des protocoles ou procès-verbaux, comme le notaire, et est soumis à la taxe des frais. Loi du 3 juin 1859, § 1, 10. (*Note de M. Becker.*)

Digitized by Google

L'examen de tous ces inconvénients et la nécessité d'y remédier ont inspiré, on le comprend, l'idée de cet essai, qui se propose de faire ressortir, de l'ensemble de la procédure judiciaire, la façon toute spéciale dont le point de fait se trouve traité dans la procédure civile française, de le mettre plus à portée de l'intelligence et de le rendre ainsi plus accessible à une critique raisonnée.

Les documents actuels, auxquels on pouvait peut-être recourir pour ce sujet, sont très-insuffisants. Les lois elle-mêmes, comme cela a été déjà dit, laissent sous silence les points les plus importants, comme s'ils s'entendaient d'eux-mêmes, et ne trouvent leur complément indispensable que dans une pratique fixe des tribunaux. Quant aux ouvrages de doctrine qui traitent de la procédure française, ils sont pour la plupart aussi inintelligibles aux jurisconsultes allemands que le Code de procédure lui-même, parce qu'ils n'ont pas été écrits pour être appréciés au point de vue allemand, parce qu'ils ne tiennent pas compte de notre prévention en faveur de certaines conditions et règles fondamentales, dont il ne nous est pas facile de nous défaire, parce que ces ouvrages enseignent généralement, sans nous avertir de ce qu'il faut d'abord oublier. Cette considération concerne surtout le Commentaire de M. Schlink sur la procédure française, le plus important des ouvrages allemands qui ait paru sur cette matière [1].

Un nouvel ouvrage fait dans le but de combler cette lacune, et d'éclairer par une exposition intelligible cet ébranchement à faire d'une législation étrangère, peut au moins espérer recueillir quelque approbation amie [2]. Cette même considération

[1] *L'essentiel de la procédure française*, que le baron de Voelderndorf, fils d'un procureur général du Palatinat, a promis de publier dans un traité spécial pour les jurisconsultes allemands qui n'habitent pas les bords du Rhin, serait pour ainsi dire la *partie formelle* et non la *partie essentielle*, ainsi que le démontrera prochainement la lecture de cet écrit. Cet auteur explique en général le cadran de la procédure dans le Palatinat, mais il ne touche pas aux rouages, dont il ne paraît même pas avoir une idée bien précise. (*Note de l'introduction.*)

[2] Si dans le cours de ce traité venaient à se glisser par erreur des indications inexactes sur l'un ou l'autre de ces points, l'auteur mis en demeure de s'expliquer appellerait avant tout débat, à sa défense, les répondants qui, grâce à leur position ancienne et actuelle de magistrats, se trouvent en possession de la connaissance la plus profonde de deux procédures, mais qui jusqu'à ce jour ne nous ont pas encore donné une étude analogue sur la littérature juridique. (*Note de l'introduction.*)

Digitized by Google

nous a en même temps fourni l'indication naturelle de l'ordre à suivre dans le présent ouvrage pour atteindre plus facilement le but qu'il se propose, de même qu'elle nous a également donné la mesure de son étendue.

IV.

Cet ouvrage se divise en deux parties, la partie théorique et la partie pratique. Cette dernière se trouve reléguée à la fin, sous la forme de deux appendices, et c'est la plus importante des deux parties.

Je devais nécessairement commencer par exposer les principes fondamentaux et l'organisation de la procédure française, afin de donner à la conception du lecteur une base plus sûre et plus accessible; pour cela, je devais partout maintenir le point de vue comparatif. En effet, il s'agissait de rattacher le fil de l'inconnu aux principes déjà acceptés, et de démontrer combien une idée ou un besoin pratique, existant dans la nature des choses et déjà acclimatés dans la procédure allemande, se sont néanmoins, en se développant, frayés une voie toute différente dans la procédure française; d'où il arrive que cette procédure atteint son but avec beaucoup plus de simplicité et de rapidité.

En conséquence, j'ai placé en tête de la plupart des chapitres une revue critique des doctrines et des principales règles du procès allemand, telles qu'elles sont spécialement fixées par le Code de procédure bavarois, afin de mieux faire ressortir, par l'effet du contraste, le caractère propre de chacune des deux procédures. On se fera par là une idée des vices actuels qui règnent dans la nôtre, et on comprendra combien sont urgents les remèdes qu'il y faut apporter et combien sont proches de nous les ressources qui nous sont offertes.

Si, dans cet exposé, j'ai révélé quelques faits qui auraient peut-être pu éviter le grand jour de la publicité, j'ai pour excuse une impulsion venant des plus hautes régions du pouvoir officiel [1].

[1] V. rescrit du ministère de la justice du 1er mai 1853, n° 6826, ainsi conçu : « En conformité de l'ordre royal, il est enjoint à la Cour de cassation de faire, à la fin de chaque année judiciaire, un court rapport motivé sur les vices de l'administration de la justice et sur les moyens d'y remédier. » C'est dans la semaine même où cette injonction royale fût annoncée que l'auteur entama cet ouvrage en commençant par le quatorzième chapitre.

Digitized by Google

Toutefois, la meilleure marche à suivre pour pénétrer jusqu'au fond de notre sujet, était d'offrir au lecteur l'opposition d'une longue série de décisions tirées de la jurisprudence française. Ces décisions, classées en groupes suivant la diversité de leur objet, se rattacheront aux explications qui les précèdent, leur fourniront des exemples et des modèles, et mettront, pour ainsi dire, en relief la libre allure du jugement français, au point de vue du fait du procès. De cette manière, il sera possible de donner une idée claire de la façon toute différente dont se traite cette matière si variée, sous l'empire des lois étrangères, et par cela même d'en faire facilement ressortir les ombres et les lumières.

Tel est le but du premier appendice placé à la fin de cet ouvrage. Dans cette vue, il ouvre une longue galerie de sentences émanant de tribunaux français, sur des points qui ont directement trait à la *preuve de fait* ou qui s'y rattachent. Ce même appendice comprend aussi un grand nombre d'autres espèces, afin de permettre d'embrasser tout l'ensemble, de multiplier les renseignements désirables, et de laisser chacun libre de choisir ses exemples. Ces exemples sont le feuillage indispensable du milieu duquel sortiront comme d'un buisson les fleurs, c'est-à-dire les principales doctrines du traité. (*Diese Beispiele sind die unentbehrlichen Folien aüs deren Mitte, zum Busch gebunden, sich die einzelnen Satze der Abhandlung als Blüthe erheben.*)

Plus on s'arrête à considérer les différences de modes et de physionomies (*gestaltungen*) que présente une pratique judiciaire de l'étranger, plus facilement aussi on entrevoit le chemin direct à suivre pour parvenir au jugement. Les objections de forme, qui pourraient peut-être surgir au premier abord, se dissiperont peu à peu, pour enfin se réduire à néant.

Cependant, pour conserver une mesure égale eu égard aux développements qui précèdent, et afin d'offrir à la comparaison quelques points d'appui certains, il était indispensable d'ajouter, dans un second appendice, qui est le portefeuille (*portfolio*) de la pratique allemande, une courte série de décisions émanées de tribunaux allemands et tirés des espèces, au milieu desquelles la procédure de preuves suit son cours ordinaire.

L'exposé de ces deux séries de sentences judiciaires se trouvant opposées ainsi les unes aux autres dans ces deux appen-

Digitized by Google

dices, fera voir d'un coup d'œil combien grande est la distance qui existe entre l'administration de la justice de chacune des rives du Rhin, et montrera de quel côté un jugement libre et impartial doit faire pencher la balance. Toutes les fois qu'il s'agira de faire ressortir la supériorité de chacune des deux institutions, alors qu'elles se servent de procédés différents, bien que se proposant le même but, rien ne contribuera davantage à donner une idée exacte de leurs mérites que la comparaison des fruits de leur pratique.

Un ouvrage comme celui-ci sera toujours un précurseur fidèle de toute réforme de la législation qui voudra prendre pour modèle la procédure française. Il diminuera sensiblement les dangers des faux pas sur un terrain encore inexploré, car il est fait surtout en vue de l'esprit qui anime la pratique française. Il s'efforce d'en réveiller et d'en propager l'inspiration, d'encourager l'adoption des idées neuves, et de préparer une réforme des opinions actuellement régnantes. S'il existe encore d'injustes préjugés contre l'échange des deux systèmes; ils y trouveront une bien facile rectification. La réforme doit d'abord se faire dans les esprits avant de pouvoir passer avec succès dans nos lois.

Si l'on veut créer quelque chose de durable, il importe d'inspirer, dès le début, aux juges qui sont appelés à entrer dans la nouvelle voie, un certain courage, pour qu'ils usent avec autant de fermeté que de discernement des libertés nouvelles qu'on leur aura réservées, et qui leur seront indispensables.

Les magistrats doivent se résigner non-seulement à oublier les anciens us et coutumes, mais encore à s'initier aux nouveaux principes. Il faut les encourager à prendre leur élan et à franchir hardiment les limites dans lesquelles jusqu'à présent leur action s'est vue entravée. Si leur zèle peut seulement trouver l'occasion de s'édifier à l'exemple encourageant d'une nation étrangère, leur conduite confirmera bientôt la sentence du vieux poëte :

Possunt, quia posse videntur.

ÆN., L. V, v. 231.

Digitized by Google

DE LA JUSTICE ET DES AVOCATS, EN BAVIÈRE ET EN ALLEMAGNE.

Le formalisme allemand n'est pas né d'hier, mais il n'est pas non plus très-ancien; c'est une théorie importée d'Italie, laquelle n'a pu que se développer au contact de la glose allemande. On attribue en général aux guerres de l'Allemagne en Italie l'invasion de cette doctrine, qui fit oublier les grands coutumiers allemands, *le Miroir de Saxe* et *le Miroir de Souabe*, dont l'image réfléchissait assez fidèlement l'esprit des anciennes lois germaniques. Les disciples gradués de l'école de Bologne, les docteurs ès droit romain et canonique envahissant les tribunaux, eurent bientôt remplacé ces juges populaires connus sous le nom d'échevins (schöffen). A la pratique simple de ces tribunaux d'échevins, qui possédaient la procédure orale et publique, succédèrent bientôt les formes savantes et méthodiques de leurs doctes confrères. C'est aussi de ce mélange du droit romain et du droit indigène qu'est sorti le droit commun allemand; œuvre complexe, œuvre d'école, accompagnée d'un grand luxe de brocards, de formules, d'adages, et qui devient une science presque mystérieuse, mise hors de la portée des profanes, et entièrement réservée aux initiés de l'école.

M. Zink (p. 16, 17) affirme de son côté que la théorie formelle des preuves n'a pas trouvé son origine dans le droit romain, qui lui offrait d'ailleurs peu de ressources. Autrefois, dit-il, on ne connaissait en France ni en Allemagne cette théorie fixe des preuves; nous en sommes redevables aux docteurs du dernier siècle, qui ont conçu cette invention par un sentiment de méfiance contre le juge. De là aussi il n'y avait plus qu'un pas pour arriver à cette procédure de serments : serment supplétoire du demandeur, serment purgatoire du défendeur, deux formules invariables autour desquelles pivote le procès allemand, et qui terminent en général presque toutes les contestations. C'est encore par le même esprit de suspicion contre le juge qu'on a voulu peser à l'avance le poids des témoignages. Ainsi que nous l'avons déjà expliqué dans une note, un témoin reprochable ne vaut qu'une demi-preuve; il faut deux témoins classiques pour faire une preuve. Les Romains n'avaient jamais poussé si loin cet excès de précision. C'est ainsi que les docteurs ont, par

Digitized by Google

crainte du juge, faussement appliqué cet aphorisme de Bacon, n° 8-46 : *Optima lex, quæ minimum reliquit arbitrio judicis, optimus judex, qui minimum sibi.* Mais n'aurait-on pas dû leur renvoyer cet autre aphorisme bien connu du même penseur : *Multa philosophi præponunt, dictu pulchra, sed ab usu remota?*

Où ce dogmatisme scolastique conduira-t-il l'Allemagne? M. Zink déclare que l'on marche à la décadence du culte de la justice, auquel le magistrat allemand prête cependant le zèle le plus consciencieux et le moins récompensé. La maladie dont est infectée la procédure allemande n'est malheureusement plus un secret pour personne. Il est grand temps que le règne du pédantisme fasse place à celui du bon sens, et que l'on tienne plus de compte des besoins de la vie pratique. *Le premier devoir d'un juge est d'être juste, avant d'être un juge observateur de la forme*[1].

La justice en Allemagne était déjà dans une médiocre estime lorsque Goethe écrivait les immortelles pages de son *Faust*, et lorsqu'il faisait dire à Méphistophelès, dans son entretien avec l'étudiant qui le consulte sur le choix d'une profession :

« La jurisprudence, je ne puis pas vous en vouloir, car je sais ce qu'il en est de cette science. La loi et le droit se perpétuent comme des maladies héréditaires, qui se traînent éternellement de race en race et gagnent petit à petit du terrain. Ici, raison signifie absurdité, bienfait, calamité. Malheur à toi si tu es un descendant de cette science. Mais quant au droit, celui qui est inné en nous, de celui-là malheureusement, il n'en a jamais été question. »

Plus triste encore est actuellement l'état de la justice en Bavière. Selon M. Zink (p. 105 et suiv.), la justice de son pays n'est pas, comme en France, entourée de l'autorité et du respect de la puissance; elle est en pleine décroissance. Les vaines formules d'obédience insérées dans les mémoires ne sont que d'amères ironies, parce que les tribunaux n'ont plus ni force ni énergie; la puissance judiciaire a émigré chez les parties, ou plutôt chez leurs avocats affairés. Le caractère dominant du procès allemand, c'est l'indiscipline des avocats, l'impuissance des tribunaux pour y obvier. L'art méthodique des défenseurs s'est forgé tout un arsenal d'expédients et de

[1] Voltaire, *Questions sur l'encyclop.*, art. *Conscience.*

Digitized by Google

moyens, enfin un système de mécanisme à l'aide duquel les avocats enrayent le cours de la justice. Ils ont beau jeu pour pousser les choses à un degré incroyable, et prolonger les affaires indéfiniment. La doctrine et ses usages a tellement enchevêtré ces élucubrations qu'on pourrait croire qu'elle a en vue de rendre la justice impossible. A ces vexations continuelles, qu'opposent les tribunaux? Le silence. Les juges eux-mêmes croiraient, en se délivrant de ces chaînes, faire quelque chose de non juridique, et rejetteraient aussitôt cette liberté comme un des attributs de la justice administrative, pour laquelle ils ne se sentent d'ailleurs aucune envie d'imitation.

Le tableau n'est pas flatté; et s'il est vrai, il faut bien louer M. Zink d'avoir eu le courage de le dire et de l'imprimer. *Magis amica veritas!* Nous ne croyons pas d'ailleurs que les traits en soient chargés à dessein, car déjà en 1847 M. Bergson [1], traçant l'aperçu de la législation de la procédure en Prusse, et s'appropriant l'image pittoresque sinon respectueuse d'un auteur allemand disait : « Les juges allemands se trouvaient ainsi réduits à l'état de mannequins obéissant aux mouvements des ficelles qui les tirent et les font pencher alternativement d'un côté ou d'un autre. »

Après avoir réglé ses comptes avec la justice, M. Zink qui, dans tout l'ouvrage, ainsi qu'on a pu s'en convaincre déjà par l'introduction, ne manque jamais l'occasion d'adresser de vertes mercuriales aux avocats, les prend à leur tour à partie, et leur dit de grosses vérités (p. 115 et suiv.).

« Évidemment, ce ne peut être que dans une entière démoralisation que les avocats ont puisé cette manie impudente et effrénée de tout contredire, de tout renier; ce procédé a gagné tous ceux qui ont à se présenter devant les tribunaux, le fisc, les conseillers municipaux, les conseillers des domaines des princes, les jurisconsultes, les parties; c'est à qui rivalisera d'audace dans le mensonge, *si fecisti, nega.* Le père renie le fils; le beau-père oubliant sa fille, le jour des noces et le repas dont il a payé l'écot, renie le gendre qui lui réclame la dot promise; la sœur renie le frère en méconnaissant l'origine commune de leur mère; le voisin renie le voisin, qui possède pourtant la maison qui lui est contiguë; le vassal renie son seigneur, bien qu'il ait bel et bien payé le cens depuis vingt ou trente

[1] V. *Revue de droit français et étranger*, t. IV, 1847.

Digitized by Google

ans. Une femme qui, pendant les sept années de son procès en divorce contre son mari, en a reçu une bonne pension alimentaire provisoire, a donné quittance à chaque terme, vient affirmer qu'elle n'a rien reçu si son mari, après avoir gagné sa cause, lui réclame le remboursement de ces avances. On a beau démontrer à un défendeur qui invoque le *bénéfice de compétence,* qu'il n'a pas eu d'enfants de son mariage, son avocat nie impudemment cette circonstance, sans apporter la preuve du fait de la naissance des enfants, ni même la preuve de leurs noms. Le débiteur exproprié par la dette hypothécaire, nie avoir jamais été le débiteur, quand il s'agit de payer le solde de la dette. La commune nie à la commune voisine que son champ soit sur son territoire; le fisc nie le droit d'affouage, quoiqu'il ait perçu l'impôt et délivré des certificats de mutation aux propriétaire du fonds y ayant droit. Le condamné pour blessures volontaires nie après l'expiration de sa peine; son avocat renie même toute l'affaire, et spécialement qu'il ait attaqué son adversaire, qu'il l'ait blessé, qu'il ait été condamné et mis en prison, et demande à prouver, par les voies d'enquête et contre-enquête, qu'il ne doit pas de ce chef des dommages-intérêts. Enfin, l'avocat dénie tout, actes, pièces, titres authentiques; il ne reconnaît pas les copies, il faut lui présenter les originaux, et encore il les conteste.

« Pourquoi tous ces mensonges? Parce que, dit-on, c'est l'usage de tout dénier entre avocats. *Quousque tandem abutemini!* Le vrai motif de ces procédures interminables et très-coûteuses, voulez-vous le connaître? Ce sont les gras profits que l'avocat ne peut se résoudre à abandonner de gaieté de cœur au début d'un procès qu'il serait peut-être si aisé de finir de suite avec un peu de bonne foi. Odieuses manœuvres pour lesquelles, ajoute M. Zinc, tout avocat devrait être puni d'une année de suspension. »

Cependant, si M. Zink condamne les abus de l'avocat, il défend le caractère de l'homme. « Pris individuellement, nos avocats, dit-il, sont les meilleurs gens du monde; nous les savons honorables, incapables de mentir à la vérité et d'une délicatesse extrême de sentiments. Il n'y en aurait pas un seul à exclure de leur compagnie. Dans leur position sociale, comme dans leur éducation juridique, ils sont alliés à la magistrature par un lien absolu d'égalité fraternelle.

Digitized by Google

« Mais à peine descendus dans l'arène judiciaire, tous les bons sentiments s'évanouissent; l'amour de la vérité, la conscience, la raison, la franchise, la bonne foi, tout disparaît. Ils se tiennent absolument pour dégagés, en exerçant leur profession d'avocat, de toute honnêteté dans la procédure, et c'est sans la plus légère émotion, sans le moindre scrupule qu'ils mentent, trouvant pour excuse les vieux us et coutumes. On a souvent dit que dans le commerce des chevaux, on avait l'habitude de se tromper même entre frères, que cela était permis, voire même glorieux. Ce qui est certain, c'est que le barreau allemand devant les tribunaux compte parmi ses plus beaux priviléges de pouvoir se surpasser en chicanes les plus raffinées, sans que l'honneur puisse en souffrir. »

« D'ailleurs, ajoute M. Zinc, ils sont dans le feu du combat, l'ennemi est là présent, l'arme au bras, prêt à faire feu; alors l'avocat lui envoie par les jambes des grenades, des bombes qui pleuvent sous la forme d'exceptions dilatoires, d'exceptions péremptoires, de fins de non-recevoir, de négations, de dits et contredits, de mensonges qui ne finissent plus.

« On pourrait croire peut-être que la partie a instruit son défenseur de tout ce qu'il débite pour elle. Dieu l'en préserve! Cette partie n'en a pas même eu l'idée, et ne peut s'imaginer comment de pareilles impudences restent sans punition. Tout est de l'invention de l'avocat. C'est son art, son secret; c'est avec cela qu'il gagne son pain quotidien. Ce que la partie n'eût pas osé lui, avocat, il le risque sans scrupules, soit parce qu'il s'y croit fondé, soit parce qu'il s'y croit obligé. Et il existe pourtant en Bavière des lois comme à Rome, qui punissent l'avocat et la partie qui commettent sciemment des négations téméraires ou des mensonges impudents. Voilà ce que la justice en Bavière souffre et tolère en silence! »

Comme consolation à cet affligeant spectacle que donne le barreau allemand, M. Zink propose des modèles à imiter, et offre l'exemple des estimables barreaux français et anglais. Empressons-nous de le remercier de cet éloge.

Il faut lire ces pages pleines de verve et de vigueur qui sont peut-être par le style les plus belles du livre, malgré l'excès visible de la mauvaise humeur de l'écrivain. Des flots de bile amoncelés débordent sous sa plume; on le croirait, par cette revanche expiatoire, heureux de faire payer cher aux avocats

Digitized by Google

le temps qu'il a perdu comme magistrat à déchiffrer leurs compendieux mémoires. L'ouvrage de M. Zink, sans cesser d'être une discussion juridique, devient alors une œuvre de polémique violente; nous ne sommes pas d'ailleurs fâchés de lui voir prendre cette allure, qui rend intéressante la lecture d'un sujet naturellement aride, et qui avait besoin d'être assaisonné par quelque stimulant. Peut-être même était-ce le seul moyen en Bavière de secouer la léthargie de la justice? L'auteur n'a pas voulu que son livre allât grossir le nombre des œuvres trop modérées qu'on estime, mais qui ne produisent aucun résultat. M. Zink est un savant; c'est plus encore, c'est le Juvénal de la procédure civile qui flagelle les abus. Seulement il n'aime pas les avocats, et il ne cherche pas à dissimuler ce sentiment.

Mais ici, faisons un temps d'arrêt nécessaire pour éviter toute confusion. M. Zink propose aux avocats de son pays des modèles à choisir dans le barreau français. Rien n'est plus flatteur assurément; mais il ne doit pourtant pas ignorer, avec la connaissance si parfaite qu'il a de nos lois, que l'avocat français est un tout autre personnage que l'avocat allemand; il doit savoir que l'avocat français ne prépare pas les procédures, que les affaires lui arrivent toutes instruites par les avoués, et que l'indépendance de sa profession lui permet au civil de refuser l'autorité morale et le talent de sa parole à des causes qu'il ne croit ni justes ni fondées. Nous avons déjà expliqué précédemment qu'en Bavière et en Allemagne la profession de l'avocat est multiple; qu'elle est doublée de celle de l'avoué, du notaire, de l'agent d'affaires. Il n'y a donc pas à s'étonner si les actes intéressés du praticien influent quelque peu sur la plaidoirie de l'avocat allemand. Nous voulons même croire que c'est seulement contre ce *Me Jacques* de la chicane que M. Zink décoche avec raison ses traits les plus mordants et les plus acérés. Mais la critique de l'avocat allemand a le tort d'être trop généralisée; il en rejaillit une ombre défavorable sur le *véritable avocat*, celui que l'on désigne si honorablement sous le nom devenu presque proverbial de *défenseur de la veuve et de l'orphelin;* c'est-à-dire des faibles et des opprimés, et nous ne pouvons penser que cette généreuse tradition soit entièrement effacée du cœur de l'avocat allemand.

D'ailleurs, pour les gens du monde, esprits superficiels, prévenus ou malveillants, qui ne se donnent pas la peine de faire

Digitized by Google

une distinction utile dans la profession, ils ne manqueront pas de trouver dans la vivacité des attaques de M. Zink une sorte d'encouragement à cette tendance malveillante et jalouse dont les avocats ont toujours été victimes, et dont ne sont pas même exempts aujourd'hui les avocats français et anglais. Il est vrai que, pour nous, c'est le plus beau titre à notre propre justification; car nous avons eu le privilége de faire beaucoup d'envieux et d'ingrats en rendant les services les plus incontestés.

De tout temps, à Athènes comme à Rome, on a beaucoup légiféré contre les avocats [1]. Mais toutes les dispositions vexatoires qu'on a prises à leur égard n'en ont que mieux fait valoir l'utilité indispensable de l'institution; il faut même se féliciter qu'elles n'aient pas empêché les avocats de transmettre à leurs descendants les plus beaux chefs-d'œuvre de l'éloquence antique.

Les avocats allemands devaient donc naturellement partager cet ostracisme? Le docteur Gaib va jusqu'à prétendre que c'est la portion *la plus pourrie* du corps judiciaire en Allemagne [2]. Mais franchement, en le tenant pour vrai, est-ce bien la faute des avocats, ou plutôt n'est-ce pas celle d'une législation non codifiée, qui n'a pu encore se dégager des brouillards de la philosophie allemande pour entrer dans la voie d'une saine pratique. Il y a longtemps que la réforme judiciaire est demandée en Allemagne, et ce ne sont pas les avocats, j'imagine, qui en empêchent la réalisation. Depuis longtemps on n'épargne pas, à nos confrères de l'autre côté du Rhin, ni les injures ni les humiliations. La justice allemande est malade, vite on insulte, on frappe les avocats. Il y a dans les fables de notre poëte La-

[1] Le Mémoire de M. Egger à l'Académie impériale de France des inscriptions et belles-lettres, sur cette question : *s'il y a eu chez les Athéniens de véritables avocats* (*Moniteur*, 10 décembre 1860), nous apprend que la loi de Solon prescrivait à la partie de se défendre elle-même; en général la partie faisait préparer sa défense par un rhéteur, et ce travail devait être purement officieux et désintéressé. Si la cause comportait par ses complications l'aide d'un homme plus expérimenté, ce défenseur, qui devait être l'ami du plaideur, avait à s'excuser dans son exorde de prendre la parole pour un étranger. Rien ne montre mieux comment on se défendait à Athènes de prendre ce rôle d'avocat.

A Rome on voulut également que la défense de l'avocat fût absolument désintéressée.

[2] Dr Gaib, *Réforme de la vie judiciaire en Allemagne*, page 61 (*Zu den faulsten Partien*), page 120, LI, M. Zink.

Digitized by Google

fontaine une situation à peu près analogue, et qui a pour titre : *Les animaux malades de la peste.* Le barreau allemand doit-il donc servir de bouc émissaire à ce malaise général? Que les avocats de l'Allemagne se rassurent en se rappelant que les avocats français ont passé par les mêmes épreuves. Nous aussi, avons succombé un moment, quoique par d'autres motifs. La révolution de 1789 et l'Assemblée constituante de 1790 (décrets du 2 septembre 1790, art. 10 et 15; décembre 1790, art. 4), qui ne voyaient dans la profession de l'avocat que les restes des traditions des anciens parlements, et surtout qui la considéraient comme l'exercice d'un privilége, supprimèrent les avocats, afin que chaque citoyen, comme dans la république d'Athènes, pût se défendre lui-même ou se faire défendre par un ami officieux. Épreuve féconde, d'où la profession de l'avocat français est sortie plus brillante, plus forte et plus glorieuse que jamais. Courage et patience, confrères! votre tour viendra aussi.

Il nous semble que M. Zink outrepasse évidemment la mesure, quand il rend les avocats responsables de tous les abus criants qu'il signale, car ce ne sont pas eux qui font les lois, encore moins eux qui les appliquent. S'il y a des coupables, sont-ils les seuls? Les juges n'ont-ils pas aussi à faire leur *mea culpa?* C'est qu'il est d'usage de médire, de frapper les avocats; et M. Zink a pour excuse, il est vrai, des précédents nombreux, d'illustres autorités. Mais avant de se prononcer aussi catégoriquement que le fait M. Zink, on eût pu consulter avec quelque fruit l'exemple de la Prusse, un des États confédérés de l'Allemagne qui a le plus de prétention aux allures libérales progressives, et qui, après avoir sévi contre les avocats de la façon la plus rigoureuse, en est revenu à leur restituer cette part d'estime que l'on doit aux services de leur profession.

L'ordonnance de réforme de l'amélioration de la justice du 21 juillet 1713 contient ces durs reproches : « Quant aux devoirs et obligations des *avocats*, *procureurs*, il est notoire que leur nombre a tellement progressé dans nos pays, que c'en est une calamité; et encore en est-il bien peu qui comprennent leurs devoirs; cela vient de ce que des gens sans valeur, qui auraient dû apprendre dans leur jeunesse un bon et honorable métier, exercent cette profession d'avocat parce qu'ils n'ont pu faire autre chose; puis, poussés par la plus violente nécessité

Digitized by Google

de rechercher avidement chicanes et disputes, ils s'en vont partout souffler le feu de la discorde et de l'intrigue. »

Le *Corpus juris Friedericianum* du 26 août 1781 (préface, page 21) enchérit sur l'ordonnance de 1713. « Tous les remèdes, dit-il, employés dans le but de prévenir les abus des avocats dans la manière dont ils introduisent le procès et y apportent la confusion et les longueurs, ne pourront pas avoir d'effet tant que l'affaire sera dès le début entre leurs mains. »

En conséquence on se décida à confier aux juges même le soin de rechercher et de constater les faits. Le Code posa, pour but du système de procédure, de mettre le juge en état de rechercher lui-même *la vérité*, de retrouver et de constater les faits, enfin d'employer à cet effet tous les moyens licites en rapport avec l'affaire. « En effet (même préface, pages 22, 23), n'est-il pas contraire à la nature des choses et au témoignage de l'histoire que les parties ne puissent adresser directement leurs plaintes et leurs demandes aux juges, et qu'elles soient dans la nécessité de faire exposer leurs besoins par des *avocats salariés*; il importe à ces avocats que les procès soient multipliés et traînés en longueur, car de là dépendent leurs profits et leur bien-être. »

Par suite de la suppression des avocats, le tribunal devait nommer lui-même, à chacune des parties en litige, un défenseur officieux (*assistenz-rath*). « Ces défenseurs n'étaient ni les avoués ni les salariés des parties, mais les assistants et aides du tribunal dans la recherche de la vérité. »

Là s'arrêta l'œuvre plus philosophique que rationnelle de Frédéric le Grand; mais, le principe posé, se retrouve développé avec la même continuité de rigueur dans le Code de procédure publié le 6 juillet 1793, contemporain de notre suppression révolutionnaire des avocats en France. Toute espèce d'intermédiaire entre les parties et le juge fut définitivement supprimée dans ce nouveau Code; on effaça même jusqu'au nom des avocats, ainsi que la création des défenseurs officieux, établie par le Code de 1781. Après avoir supprimé les avocats, on dut confier leurs fonctions aux juges eux-mêmes. De même que sous la législation de 1781, le juge entend les parties avec cette différence qu'il ne doit plus se contenter d'une *vérité* relative, mais il est forcé « de descendre en dehors des conclusions des parties dans les profondeurs du litige, et de s'assurer

Digitized by Google

de l'*état réel* et *véritable des choses* » (§§ 6, 7 et 10 de l'introduction du Code de 1793). C'est ce que l'on appelle la *vérité matérielle* des jugements par opposition à la *vérité formelle* dont se contentait le Code de 1781.

Cette sorte de juge d'instruction délégué civil pour cette recherche matérielle de la vérité (*instruent*), est contrôlé par un autre juge (*decernent*) qui décrète; puis vient un troisième juge (*referent*) qui fait son rapport au tribunal, à l'audience, avec un projet de jugement. La barrière entre les parties et le juge était abaissée; le juge prit la place de l'avocat [1].

Mais les tribunaux, succombant sous le faix des occupations les plus diverses, se virent dans la nécessité de confier l'œuvre de l'instruction des affaires contentieuses à leurs membres les plus jeunes, sortis à peine des écoles, aux *auscultateurs* et aux *référendaires* dont nous reparlerons plus loin.

Le Code de 1793, en effaçant jusqu'au nom des avocats, avait cependant créé des *commissaires de justice*, sorte de délégués des juges d'instruction, placés sous leur dépendance complète et chargés de prendre les informations; ils ne devaient se présenter pour la partie plaidante qu'autant que l'affaire était simple; au cas de complications, la permission de comparaître pour les parties devait leur être retirée.

Mais telle fut la force des choses, que la profession des défenseurs légaux survécut à toutes les restrictions. Les parties recoururent de nouveau à leur intervention; les juges eux-mêmes, fatigués, favorisèrent ce retour par leur connivence.

En 1833, l'état des choses était intolérable; une législation non observée, violée chaque jour, combinée avec des institutions abrogées.

Ce fut alors que deux commissaires de justice, ou plutôt deux avocats, MM. Marchand et Kunowski, présentèrent au roi de Prusse, le 9 novembre 1831, un mémoire intitulé : « *De quelques obstacles fondamentaux que le Code de procédure prussien oppose à la bonne administration de la justice.* »

[1] Cette suppression de l'avocat dans les causes civiles et son remplacement par le juge est évidemment préjudiciable aux intérêts de la partie; mais elle deviendrait odieuse dans la procédure criminelle, tel que cela a été pratiqué par les Cours martiales de la Vénétie, où le juge faisait alors l'office du gendarme, du juge d'instruction, du juge rapporteur, du défenseur de l'accusé et du tribunal.

Digitized by Google

Par un singulier retour des choses d'ici-bas, ce furent des avocats qui, avec quelques fonctionnaires supérieurs, formèrent la commission de réforme nommée par l'ordre du cabinet royal [1].

La loi du 1er juin 1833 rétablit les mandataires et défenseurs légaux, ainsi que le débat oral et la publicité de l'audience.

Enfin la loi du 21 juillet 1846 est venue confirmer le rétablissement des avocats, qui sont, par cette loi, rendus désormais indépendants de l'action, de la direction, de la surveillance incessantes des juges délégués. Dans l'instruction préparatoire des causes, dans l'établissement et la production des points de fait et de droit, enfin par la plaidoirie en audience publique (en supposant que les parties aient recours à leur ministère resté facultatif), les avocats ont recouvré la liberté d'allures indispensable à la profession, et à la bonne conduite des affaires [2].

Telle fut l'alternative de défaveur et de succès par laquelle la profession d'avocat a dû passer, aussi bien en Prusse que dans les autres pays, pour se relever avec cette preuve de plus que cette fonction ne peut être supprimée, et que ce n'est pas sans contre-coup contre la société qu'on porte atteinte à ses droits.

Après cette digression, nous revenons à l'œuvre de M. Zink et à cette fâcheuse erreur qui le domine et lui fait accuser les avocats de fatiguer, affaiblir, désarmer la justice et de la jeter dans la démoralisation. Est-il vrai que la justice en Bavière, malgré les vaines formules d'obédience qu'on lui prodigue, ne se fait plus respecter des avocats? Cela est-il possible, lorsque M. Zink nous démontre si parfaitement que les juges ont les mains pleines de lois, de décrets, d'ordonnances, de rescrits, etc. (pages 122 et suiv.), qui leur permettent de punir la partie et l'avocat lui-même qui devient impudent à force de

[1] On a dit bien souvent, et ce préjugé est quelquefois partagé par les gens du monde, que pour faire de bonnes lois il ne fallait pas de jurisconsultes. Mais A. Friedereich, dans sa *Cour de cassation française* (page 65), pense qu'il est dans la nature des choses que, seul, le juge expérimenté est apte à faire une bonne loi de procédure.

[2] Nous nous sommes permis d'emprunter quelques-uns de ces extraits à l'excellent travail d'un des savants collaborateurs de cette *Revue*, et publié dans la *Revue de droit français et étranger* (t. IV, 1847), de M. Bergson, docteur en droit, auteur de plusieurs ouvrages estimés.

Digitized by Google

mensonges? Elle serait, en effet, bien coupable de faiblesse cette justice abâtardie de ne pas user de ses droits, et on ne saurait alors qui blâmer, dans un tel relâchement, du juge ou de l'avocat. Mais nous ne voulons ici accuser personne, car il n'y a personne à accuser; il faut tout simplement se réunir et conjurer contre des lois défectueuses. Point n'est besoin de se fâcher tout rouge contre les avocats. Le vice est dans les lois, dans leur défaut de coordination. Les avocats discutent et plaident sur des lois mauvaises, comment se pourrait-il que les juges appliquassent de bonnes lois? Le mal reflète le mal. D'ailleurs le juge pourrait-il différer de sentiment d'avec l'avocat? En Allemagne, le juge et l'avocat, pendant un certain temps de leur jeunesse, font leurs études de droit dans les mêmes Universités, puis, au sortir des Universités, sont occupés à des exercices et des stages communs pour apprendre les affaires; ce qui nous oblige ici à expliquer comment l'on devient juge ou avocat allemand.

L'Allemagne compte dans ses Universités savantes les jurisconsultes et les romanistes les plus distingués, continuateurs des glorieux travaux et des savantes leçons des Savigny, Zachariæ et Mittermaier. Tous les ans l'Allemagne fournit à elle seule, par ses professeurs en titre ou privés, ses magistrats, ses avocats et autres fonctionnaires, plus de travaux juridiques et de monographies que la France et l'Angleterre réunies. Quels sont les disciples de ces doctes écoles, si ce ne sont ceux qui seront un jour appelés à être juges ou avocats?

Ce qui se passe en Prusse est à peu de chose près ce qui existe dans les autres États confédérés. Prenons l'étudiant prussien au sortir de l'Université où il est resté trois ans.

Il choisit alors son tribunal et, après avoir passé un premier examen purement théorique devant des magistrats du tribunal, il devient *auscultateur*, c'est-à-dire qu'il apprend dans la trilogie des fonctions judiciaires, du criminel, du civil et du ministère public, le maniement des affaires pratiques. Il tient la plume et siége à l'audience, en robe, à côté du greffier; il est occupé alternativement dans les divers greffes ou secrétariats, tantôt comme rédacteur de procès-verbaux (*protocol führer*), tantôt comme secrétaire du parquet, tantôt comme commis-greffier. C'est un stage gratuit, sauf quelques petits émoluments, lequel stage dure environ un an.

Digitized by Google

Après un an du régime de l'*auscultature*, il passe un deuxième examen théorique et pratique devant le tribunal du degré supérieur (la Cour), et est nommé *référendaire*. Recommençant alors la triple série des fonctions judiciaires, il passe successivement aux fonctions de juge d'instruction, juge civil, magistrat du ministère public. Il fait des rapports, il fait des instructions, il plaide, le tout en qualité de *référendaire*, et ce deuxième stage gratuit dure encore, en général, une année.

Le référendariat expiré, le stagiaire fait alors un stage d'une année chez un avocat dont il prépare les dossiers, fait les mémoires et plaide les affaires si l'occasion s'en présente.

Enfin arrive le troisième examen, l'examen *rigorosum*, qui se fait à la Cour de cassation de Berlin, et à la suite duquel on est nommé, selon le désir qu'on en exprime, soit juge *assessor* sans traitement, soit avocat[1].

Avec une semblable organisation judiciaire en Prusse, organisation qui est presque celle des autres États allemands, comment le juge et l'avocat pourraient-ils différer de sentiments et d'actions, alors qu'ils puisent dans une étude commune les mêmes traditions, les mêmes principes et la même pratique des affaires? En vérité, M. Zink se condamne lui-même, et avec lui toute la magistrature de son pays, quand il accuse les avocats de pratiquer des traditions et des théories, que lui comme tout autre a prises à la même source, et auxquelles on ne saurait déroger sans rompre avec des précédents acquis. Mais M. Zink reste plutôt dans la vérité, alors qu'au lieu d'incriminer, soit l'un, soit l'autre des fonctionnaires de la justice, il reconnaît dans son excellente introduction qu'il faudrait absolument, pour devenir un bon jurisconsulte, *un jurisconsulte palatin*, consentir à oublier le fatras de la vieille science du droit. A coup sûr, c'est le meilleur moyen, et surtout le plus radical d'en finir avec les vices d'une législation surannée; et nous sommes également de son avis quand il conseille de bien se garder d'opérer la réforme de la procédure civile par le système malheureux des retouches partielles. Oui, il faut abattre la vieille masure qui branle sur ses ais pourris, et, sur le terrain déblayé, élever à la procédure civile un palais neuf, qui respire un nouvel air de fête et de rajeunissement. H. BECKER.

[1] *Perrot*, Ier vol. *De l'organisation judiciaire en Prusse* (pages 441 et suiv.)

Digitized by Google

BIBLIOGRAPHIE.

HISTOIRE DU DROIT FRANÇAIS, ETC.,

Par M. LAFERRIÈRE, inspecteur général des Écoles de droit, tomes V et VI.

Compte rendu par M. MITTERMAIER, traduit par M. BERGSON.

Nous avons rendu compte, dans ce recueil[1], des deux premiers volumes de l'important ouvrage de M. Laferrière. Les deux nouveaux volumes que nous avons sous les yeux, ont pour objet la partie du droit qui, dans l'ordre historique, doit occuper la première place, le droit coutumier. En effet, si la loi écrite qui émanait du souverain, quelquefois du seigneur territorial, a été souvent un puissant instrument pour faire triompher l'attachement aux intérêts locaux et aux institutions traditionnelles, de sages progrès, il n'en a pas été moins souvent une cause d'entraves à la libre expansion du droit national, en lui substituant l'étroit point de vue des rédacteurs de la loi. Le droit coutumier au contraire a toujours été le fidèle reflet de la vie intime du peuple, de ses mœurs, de ses idées, des rapports nés du sentiment de ses intérêts et de ses besoins. Les usages suivis pendant de longues années par les membres d'une commune finissent par pénétrer dans le droit national : consacrés par le respect général, ils servent de base aux décisions du juge populaire. Le droit coutumier vit longtemps dans la tradition populaire, avant d'être rédigé par écrit. Il se manifeste d'abord sous la forme de décisions judiciaires. Dans cette forme nous le rencontrons dans les chartes flamandes où ces décisions portent le nom de *stalilimenta ;* dans les statuts d'Italie on les retrouve sous le nom de *carta di memoria*, en Allemagne on les appelait *Weisthum*, en Autriche *Partheidigung*, en Suisse et en Alsace *Ding*, *hofrodel-öffnung ;* dénominations qui démontrent l'uniformité du mode de constater le droit coutumier, chaque fois que le besoin d'une rédaction par écrit se faisait sentir. On interrogeait à cet effet les personnes qui, par leur

[1] V. la *Revue*, tome IV, page 474.

Digitized by Google

âge et leur expérience, pouvaient avoir une connaissance suffisante des usages locaux, et les dépositions étaient reçues sous la foi du serment : de là, les noms d'*inquisitio, enquête*, chez les Anglais *inquest*; ces enquêtes qui portaient à la fois sur des matières de droit privé ou féodal, telles que servitudes, prestations seigneuriales, régales, contiennent la plus précieuse source du droit national et jettent une vive lumière sur le droit public du moyen âge. Le célèbre germaniste Grimm à Berlin et un autre savant germaniste, M. Kaltenbacke, à Vienne, ont publié des recueils de ce genre, le premier sous ce titre d'enquêtes (*Weisthümer*, Gottingue 1850), le second sous celui de *Pan und Bergtaidings-bücher von Östreich* (1846).

On ne doit toutefois consulter ces sources qu'avec une certaine réserve, car tantôt sous une rédaction récente, elles renferment un droit très-ancien dont la rédaction ne s'était pas plus tôt fait sentir, tantôt, bien que d'une origine récente, on leur communiquait, afin de leur donner plus d'authenticité, une date empruntée au XIIe ou XIIIe siècle. C'est ce qui a été parfaitement démontré par M. Zopfl, dans ses *Antiquités du droit germain.* (*Deutsche Reichs und Rechtsalterthümer*, 1860, p. 253-260.)

En retraçant le droit coutumier de la France dans un tableau lucide et avec une profonde connaissance des sources, M. Laferrière a rendu à la science un service que celui-là seul qui s'est occupé des travaux de ce genre et connaît l'extrême difficulté d'en coordonner les matériaux, peut apprécier, de nature à intéresser les jurisconsultes étrangers qui y trouvent de précieuses notices sur la nature et l'esprit des institutions germaniques. L'ouvrage offre un double intérêt pour l'étude de la législation civile française dont le droit coutumier forme la principale base. On peut distinguer trois éléments dans le droit coutumier, savoir :

1° L'ancien droit des lois saliques, ripuaires et autres. L'historien nous raconte comment les institutions primitives se sont conservées dans les usages des peuples.

2° Les différences des anciennes lois se retrouvent dans le droit coutumier, où la diversité de mœurs, de culture, la persistance des liens de famille, l'action du lien féodal et l'influence du droit romain ont produit la diversité des coutumes, pendant que certains principes, tels que la main basse, la saisine, le retrait lignager ont continué à former leur fonds commun. La tâche

Digitized by Google

de l'historien consiste à saisir ces modifications et ces différences.

3° On peut diviser les différentes coutumes, d'après leur caractère fondamental, en plusieurs classes.

Un certain nombre de ces coutumes sont le produit d'enquêtes, dans le sens indiqué plus haut. On a rédigé par écrit les usages de la commune et du canton, pour éviter les contestations ou pour communiquer le droit ainsi recueilli et jouissant d'une certaine notoriété, à d'autres communes.

D'autres coutumes sont des statuts proprement dits, qui traitent à la fois de la justice, de l'administration, de la procédure civile et criminelle.

D'autres encore émanées du souverain et du suzerain territorial, règlent les rapports entre les maîtres et leurs sujets; et des matières de droit civil.

D'autres encore conçus dans un esprit de réforme des usages établis, contiennent des concessions faites par le seigneur laïque ou ecclesiastique à ses officiers et à ses sujets. Ce caractère distingue surtout les statuts ecclésiastiques, parmi lesquels nous citons, comme un exemple remarquable, les *leges et statuta familiæ S. Petri*, publiés en 1023 par Burkard, évêque de Worms.

D'autres enfin sont des recueils privés d'usages qui jouissaient d'une grande autorité devant les tribunaux.

M. Laferrière a parfaitement saisi ces divers points de vue, et les observations générales, placées en tête du 5e volume où il examine les divers caractères de la féodalité, la formation et les progrès des coutumes qu'il va examiner successivement dans un certain ordre géographique, offrent à ce sujet un puissant intérêt.

Dans cet ordre géographique, les coutumes des provinces de l'est et du sud-est qui ont plus ou moins relevé de l'empire d'Allemagne, la Lorraine, l'Alsace, les deux Bourgogne, le Dauphiné et la Provence, se présentent en première ligne (t. V, chap. 1er). Viennent ensuite celles du sud, du Languedoc, de l'Albigeois, avec les statuts si curieux de Toulouse, les lois de Simon de Montfort, les coutumes d'Albi (chap. 2). Les coutumes de la région des Pyrénées, des Basques, le for de Navarre, et du Béarn, remplissent le chapitre 3. Le chapitre 4 renferme les coutumes du sud-ouest et de l'ouest (Gascogne, Bretagne, Nor-

Digitized by Google

mandie). Le tome VI donne d'abord le tableau des coutumes du nord de la France, de Flandres, du Hainaut, de l'Artois, de la Picardie, du Vermandois et de la Champagne, où l'on distingue celle de Reims, si curieuse par ses institutions judiciaires (chap. 6). Le tableau des coutumes du centre de la France qui se résument dans les établissements de saint Louis, est subdivisé en plusieurs zones : zone centrale de l'ouest et du sud-ouest (l'Anjou, le Maine, le Perche, la Touraine, le Lodunois, le Poitou, la Saintonge et l'Angoulême); zone centrale de l'est et du sud-est (le Berry, le Nivernais, le Bourbonnais, la Marche et l'Auvergne); zone centrale du nord et du nord-est (l'Orléanais, Larries, Montargis, Chartres, Meaux, l'Ile-de-France, Paris). Enfin, dans le huitième et dernier chapitre l'auteur résume les résultats et les traits caractéristiques de la géographie et la nature du droit français jusqu'au XVIe siècle. Je vais essayer de résumer, en peu de mots, les savantes recherches de l'historien sur plusieurs coutumes qui me paraissent de nature à fixer l'attention du lecteur allemand.

Le droit coutumier de la Lorraine et de l'Alsace se présente ici en première ligne. Avant la rédaction très-récente de leurs coutumes, le Miroir de Souabe jouissait d'une grande autorité devant les tribunaux à côté du livre des fiefs : il en existait une traduction française, qui a été publiée par M. Matile (t. V, p. 20). On trouve de savantes études sur les sources et le caractère original du Miroir de Souabe dans l'*Histoire du droit germ.*, par M. Zopfl (p. 142), et nous les recommandons à l'attention du lecteur. En dehors de cet ancien monument, des décisions judiciaires connues sous le nom de *dingrodeln, öffnungen,* dont un grand nombre ont été recueillis par Grimm (*Weisthumer*, t. I, p. 650-950), et par Mène (Histoire du Rhin supérieur, *Geschichte des Oberrheins,* 1850), formaient une source abondante du droit alsacien. M. Raspieler, jurisconsulte de Strasbourg, cité par M. Laferrière (t. V, p. 43, note 7), avait pris connaissance à l'occasion de plusieurs procès dont la ville l'avait chargé, de précieux recueils manuscrits qui contiennent ces décisions et qui sont conservés dans les archives de la cathédrale. L'auteur de cette notice auquel M. Raspieler a communiqué des copies, a pu apprécier l'importance de ces décisions qui présentent une grande analogie avec celles rendues par les cours féodales, dénommées *dinghofen* (t. V, p. 53). M. Zopfl

Digitized by Google

(l'Ancien droit public et privé de l'Allemagne, *Alterthumer*, etc., 1860, p. 7, 39, 48, 261, 335) a également répandu de nouvelles lumières sur ces cours féodales qui contenaient une instance d'appel et qu'on trouve déjà mentionnées dans un document de 708.

Les coutumes de Bourgogne se distinguent par la persistance du droit primitif et par certaines particularités féodales, telles que l'égalité des partages du fief, le maintien du *franc-aleu* comme loi du pays, la condition libre des femmes qu'on retrouve encore dans les cantons suisses qui autrefois faisaient partie de la Bourgogne; ainsi que par le caractère spécial de la mainmorte qui, née sous l'influence du droit romain, s'est conservée jusqu'à une époque récente au sein de la Franche-Comté.

La coutume du Dauphiné, illustré par trois éminents jurisconsultes, Guypape, Expilly, Salvaine, permettait aussi aux femmes de succéder aux fiefs. Les fiefs y étaient réputés patrimoniaux. Il n'y avait ni droit d'aînesse, ni droit de masculinité, ni exclusion des ascendants de succéder aux fiefs de leurs descendants, ni distinction de la qualité noble, ni non noble des terres, par rapport au droit de succession. C'est ce qui avec l'abolition de la mainmorte, donnait au droit dauphinal, parmi les coutumes du moyen âge, la nature d'un droit provincial *sui generis*.

En Languedoc le statut d'Aigues-Mortes dont M. Laferrière fixe l'époque de rédaction, très-contestée, à l'année 1079, attire notre attention ; en matière pénale, des dispositions libérales s'y trouvent avec celles qui témoignent de l'esprit rude de l'époque. Il a donné naissance au statut d'Alais, car en France comme en Allemagne, une ville adoptait quelquefois les usages d'une autre. Ainsi encore le très-curieux statut de Montpellier de 1204, où à côté de l'influence incontestable du droit romain, on rencontre des institutions germaniques, fut adopté par la ville de Carcassonne.

M. Laferrière nous donne ensuite une excellente dissertation sur la même coutume de Toulouse, dans laquelle il nous montre alternativement la persistance de l'ancien droit civil de Rome et de Théodose antérieur à Justinien et l'influence des mœurs locales. Il constate que dans les contrées même de *droit écrit*, la loi romaine n'a jamais été reçue intégralement, qu'elle s'est au contraire mêlée et confondue avec des institutions germaniques ou locales, au point qu'il devient souvent très-difficile de

Digitized by Google

faire la part de chacune de ces influences (t. V., p. 348, 318).

Les coutumes de l'Albigeois, parmi lesquelles on remarque les lois de Simon de Montfort, se distinguent par plusieurs dispositions spéciales; elles contiennent une institution dans laquelle il est facile de reconnaître un jury d'accusation et un jury de jugement (t. V, p. 347).

Le tableau des coutumes de la région des Pyrénées (ch. III), que des liens étroits rapprochent de l'ancien droit espagnol (*fuero juzgo*) et du droit gothique, est tracé avec un soin minutieux et présente un haut intérêt. On y distingue le *for de Navarre*, remarquable par de nombreuses particularités, surtout dans le droit de familles. Celui de *Béarn*, d'une haute antiquité, rédigé au XIVe siècle, mélange de la *lex romana* et d'usages nationaux où se sont conservés longtemps les ordalies et le duel judiciaire, les coutumes du *Bigorre* remarquables par leur dureté féodale et une foule d'autres, de Cominges, du pays de Foix, du val d'Andorre, de Perpignan et du Roussillon (t. V, p. 425, 454-458.)

Les trois provinces de l'ouest et du sud-ouest, la Guienne, la Bretagne et la Normandie, ont subi l'influence de la domination anglaise qui leur a imposé sa forte constitution féodale. Nous remarquons, les coutumes de la Guienne, celle de la Réole de 977, l'ancienne coutume de Bordeaux qui se distingue par l'alliance des anciennes traditions gallo-romaines, avec les institutions féodales, et, en matière pénale, par ses dispositions relatives à l'abolition du duel judiciaire et du talion.

Les coutumes de la Bretagne contiennent de nombreuses traces de l'influence du droit celte ou gallique.

Les coutumes de la Normandie, remarquables par leur caractère original, remontent à l'époque où cette contrée fut conquise par la race aventureuse et hardie, qui a planté ses drapeaux victorieux en Angleterre comme en Sicile. Nous croyons avec M. Laferrière que ces coutumes doivent être ramenées vers une triple source, à savoir : 1° les usages de l'ancienne Neustrie; 2° les coutumes danoises ou scandinaves; 3° les coutumes anglo-normandes qui se sont développées dans la Grande-Bretagne (t. V, p. 626). Nous ajouterons seulement que ces mêmes coutumes régissent encore aujourd'hui les îles de Guernesey et de Jersey, conformément au pacte d'incorporation à la Grande-Bretagne, et qu'elles s'y sont développées d'une manière re-

Digitized by Google

marquable, ainsi que l'attestent les *rapports* ou recueils publiés il y a quelques années.

Il n'y avait pas de coutume générale pour la Flandre, mais des coutumes municipales et locales, parmi lesquelles on remarque le recueil de Lille, connu sous le nom de *livre de Boisin* et adopté par les autres villes flamandes. Dans le Hainaut le droit coutumier fut publié au XIIIe siècle, par le comte Baudouin. Quant aux rapports qui unissent les coutumes de ces deux provinces, elles présentent des différences profondes et caractéristique. Le coutumier de l'Artois, recueilli au XIVe siècle, par un jurisconsulte qui avait pris pour modèle le conseil de Pierre des Fontaines, est l'un des plus complets du moyen âge. Toutes les traditions, droit gallique, germanique, romain, canonique, féodal, tous ces éléments y sont combinés de manière à donner à cette coutume un caractère d'originalité très-remarquable.

La tradition germanique domine dans les coutumes de la Picardie et du Vermandois, où il faut distinguer : 1° le droit de l'Amiénois et de la cité d'Amiens ; 2° le droit de la Picardie proprement dite et du Ponthieu ; 3° le droit du Vermandois, qui comprend les coutumes de Saint-Quentin, de Soissons et de Laon. La charte d'Amiens, confirmée par Philippe-Auguste, contient de nouvelles dispositions de droit civil et de la juridiction. Le coutumier de Picardie, recueil du XIVe siècle, a été publié par M. Marnier (t. VI, p. 51). A l'occasion des anciennes coutumes du Vermandois, M. Laferrière examine le *Conseil de Pierre des Fontaines*, le premier livre original sur la jurisprudence française, publié en 1253, et qui avait pour but principal la réforme des coutumes par la législation. Au territoire du Vermandois appartiennent les anciennes coutumes si curieuses de Laon, de 1128 et 1139, ainsi que celles de Saint-Quentin.

A côté de ces diverses coutumes, où dominait la maxime *nulle terre sans seigneur*, se distinguent, par leur caractère allodial, celles de la Champagne soumises à deux pouvoirs différents : le comté de Champagne avec Troyes pour capitale, et le territoire de Reims, placé sous l'administration temporelle de l'archevêque. Les recueils, recueillis par Varin et intitulés : *Privilegia curiæ Remensis, liber practicus de consuetudine Remensi, summa libri aurei,* ont constaté l'étendue de la juridiction ecclésiastique qui embrassait toutes les matières du droit

Digitized by Google

public et privé, dans le territoire de Reims, pendant que les coutumiers du comté réfléchissent leur origine germanique.

L'auteur arrive ensuite aux *Établissements de saint Louis*, œuvre de réforme législative et coutumière qui marque la transition d'un état plus conforme aux règles de justice et d'humanité. Lois émanées de la prérogative royale, ils se rattachent au droit coutumier, tout en le corrigeant. L'historien examine successivement l'authenticité du monument comme œuvre législative, l'ordre de ses dispositions, la propagation et l'influence des *Établissements* dans les provinces. Il constate que tout en faisant de nombreux emprunts aux coutumes d'Anjou, ils ont été rédigés dans une pensée législative. Il montre leur influence sur les diverses zones de la France centrale : comment ils ont introduit et fixé, dans les coutumes de cette vaste région, cette communauté de principes qui est devenue, jusqu'à la fin du XIVe siècle, le droit commun de la France.

Dans toute la zone centrale de l'ouest et du sud-ouest, depuis l'Anjou jusqu'à l'Angoumois et la Saintonge, l'influence des *Établissements* a été très-grande ; elle est attestée dans les diverses coutumes de cette région par un ensemble de dispositions qui forment le droit spécial et caractéristique de ce recueil.

Les dispositions sur la communauté tacite, le franc-alleu, la quotité disponible des propres, la faculté de renonciation pour la femme noble et roturière à la communauté conjugale, l'institution contractuelle forment le droit spécial du Berry, si connu au XVIIe siècle par le Commentaire de La Thaumassière ; et de la région centrale de l'est et du sud-est à la zone centrale du nord et du nord-est on rencontre les coutumes de Lorris-Orléanais, Chartres, Meaux et l'Ile-de-France. C'est là que nous rencontrons le *Livre de plet et de justice* et le livre de Beaumanoir, où se trouvent réunis tous les éléments du droit féodal et coutumier du moyen âge.

Enfin, la coutume de Paris (chap. 8) résume toutes les sources si diverses du droit du moyen âge. Libre de toute entrave, elle a pu suivre librement le mouvement des faits, des idées, des institutions, et devenir ainsi le *droit supplétif* de la France coutumière.

Nous avons essayé de montrer l'importance de l'ouvrage pour l'histoire du droit externe : l'examen et l'analyse des di-

Digitized by Google

verses institutions le rendent tout aussi important par rapport au droit interne. Dans cet examen l'historien ne perd jamais de vue le point de vue comparé.

Nous notons par exemple la dissertation sur le témoignage des femmes (t. VI, p. 263), sur le franc-alleu qui s'est développé d'une manière différente dans les diverses contrées, car le franc-alleu s'est conservé également dans celles qui étaient régies par le droit romain (en Bourgogne, en Provence), dans celles où les populations défendaient leurs anciennes libertés (gallo-celtes); tandis qu'il disparaissait de plus en plus dans les contrées où le système féodal pénétrait tous les rapports sociaux. Nous signalons encore les observations sur le droit de famille et la puissance paternelle (t. V, p. 395, 435, VI, p. 71), sur la persistance du duel judiciaire et les *conjuratores* (t. V, p. 447), sur le *droit du seigneur*, sur le chef de famille dans le val d'Andorre (t. V, p. 455), sur la communauté des biens en Normandie (V, p. 640), sur le régime hypothécaire basé sur la spécialité et la publicité de l'Artois (VI, p. 35), sur la maxime : *le mort saisit le vif*, sur la résistance de certaines coutumes au principe : *nulle terre sans seigneur* (VI, p. 65), sur les effets de l'excommunication (VI, p. 205), sur l'application de la torture au moyen âge (VI, p. 215), sur la communauté tacite (VI, p. 237). Cette rapide analyse suffira pour montrer la richesse de matériaux que ces nouveaux volumes de M. Laferrière renferment pour l'étude du droit germanique. MITTERMAIER.

CHRONIQUE ÉTRANGÈRE.

Autriche. Un projet de Code de procédure civile a été présenté à une commission spéciale, composée de membres de la Cour suprême de l'empire, de la Cour supérieure de Vienne et de la Faculté de droit, de deux avocats et d'un notaire. Il est question aussi de rendre libre la profession d'avocat.

Bavière. Les chambres ouvertes depuis le 2 décembre ont été saisies d'un projet de loi d'instruction criminelle et d'un projet de Code de police criminelle (*polizeistrafgesetz gebuch*).

Digitized by Google

Le premier de ces projets contient de nombreuses modifications d'un projet vivement discuté dans la Diète précédente.

Oldenbourg. La Diète délibère sur un projet de loi industriel. Le projet, en quatre-vingt douze articles, présente, en outre d'une plus grande simplicité de rédaction sur le projet précédent, de notables améliorations. Il abolit notamment toutes les restrictions empruntées au régime de Gilden et de corporations qui pesaient sur les associations industrielles, soumises désormais aux règles générales relatives aux sociétés.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL

De la Jurisprudence des arrêts sur les cautions des contraignables par corps.

Par M. COIN-DELISLE, avocat à la Cour impériale de Paris.

TROISIÈME ARTICLE[1].

SOMMAIRE.

59. La maxime que « Tout cautionnement ou toute garantie de lettres de change est un aval » est fausse par trop d'étendue.
60. On la fonderait sur ce que l'article 141 du Code de commerce serait limitatif des modes de garantie de la lettre de change.
61. La faculté de donner aval n'est pas exclusive des modes civils de garantie, le Code de commerce n'étant qu'une loi d'exception.
62. L'opinion que l'aval n'est applicable qu'à des lettres de change individuellement considérées, mais existantes au jour du contrat d'aval, n'est pas contraire à la liberté des contrats.
63. Le Code de commerce n'a dû avoir en vue que la lettre de change individuelle et actuellement existante. Preuve tirée de l'économie de la section *De la Lettre de change* au Code de commerce.
64. Preuve tirée de la législation antérieure.
65. Elle s'applique même à l'aval par acte séparé, et pourquoi?
66. Suite. Il y avait sous l'ancien droit d'autres avals que l'aval de lettres de change individuelles; mais ils ne s'appliquaient qu'individuellement à l'acte garanti.
67. Le Code de commerce les exclut comme avals et les laisse subsister comme cautionnements commerciaux ou civils, selon la qualité du contractant.
68. Le § 2e de l'article 142 assimile parfaitement les deux formes d'aval de la lettre de change.
69. Preuve tirée de la formation de la loi.
70. Conséquences : L'aval parfait ne s'applique au plus qu'à un bordereau de lettres de change existantes. Il peut avoir lieu par lettre missive, si la lettre de change ou les lettres de change existent actuellement. La lettre missive répondant d'une lettre de change qui sera tirée demain n'est point un aval.
71. Confirmation.
72. Quand l'acte cautionne des lettres de change futures sans soumission expresse à la contrainte par corps, cette voie de contrainte existe-t-elle contre la caution non commerçante? Existe-t-elle quand la caution a donné à son contrat le titre d'aval?

[1] V. *Revue critique*, tome XVII, page 481, et tome XVIII, page 1.

Digitized by Google

73. Le bénéficiaire de l'aval fait par acte séparé n'est pas tenu de le faire connaître et de le transmettre immédiatement au porteur.

74. L'aval séparé appartient-il au seul bénéficiaire de l'aval? Peut-il en décharger licitement le donneur après avoir mis la lettre de change en circulation? Le tiers porteur peut-il le revendiquer dans la faillite de celui qui se l'est fait donner? — Limitations.

75. L'inconvénient résultant de ce qu'un aval collectif de lettres de change existantes paraît physiquement indivisible pour sa transmission aux porteurs divers de chacune d'elles, n'est pas suffisant pour faire rejeter les avals collectifs. — Traités avec lesquels on ne doit pas les confondre.

76. Principaux arrêts sur la matière : I. aff. *Saghnes;* II. aff. *Imbert-Senly;* III. aff. *Jollimon de Marolles;* IV. aff. *Bouzenot;* V. aff. *Cauvel;* VI. aff. *Hamel;* VII. aff. *veuve Vaillant;* VIII. aff. *Segret;* IX. aff. *Valadier.*

59. Jusqu'à présent nous avons combattu ce préjugé que l'*aval n'est rien qu'un cautionnement.* Maintenant nous avons à combattre la maxime que « *tout cautionnement ou toute garantie de lettres de change est un aval.* » — A l'aide de cette maxime, on devrait toujours condamner par corps le non-commerçant qui aurait cautionné le payement d'un compte courant ouvert par un banquier, fournissant au débiteur des deniers comptants contre ses lettres de change ou sur la négociation du papier d'autrui; on n'excepterait pas même le cautionnement de lettres de change *à créer.*

60. Ceux qui veulent que tout cautionnement de lettres de change même à créer soit un aval qui produise la contrainte par corps contre la caution non commerçante, nous semblent penser que le Code de commerce, article 141, a écrit dans un sens limitatif : « *Le payement d'une lettre de change,* indépendam-« ment de l'acceptation et de l'endossement, *peut être garanti* « *par un aval;* » par conséquent, qu'il n'y a que trois genres de garantie du payement d'une lettre de change, et que toute garantie de plusieurs lettres de change, *même de lettres de change à créer,* est un aval, quand elle n'est ni acceptation ni endossement.

61. Pour le moment, bornons-nous à l'examen de cette première proposition : « La faculté accordée par l'article 141 de « garantir le payement d'une lettre de change par un aval n'est « pas exclusive de tout mode civil de garantie ou de sûreté. »

En effet, le Code de commerce est une loi d'exception. Tous les contrats du commerce entre commerçants sont régis d'abord

Digitized by Google

UNIV. OF MICH. LAW LIBRARY

par les principes généraux du titre *Des Obligations conventionnelles* au Code civil; puis, si ces contrats ont un titre particulier au Code civil, comme la vente, l'échange, le mandat, la société, etc., ils sont régis par les règles générales du titre *Des Obligations*, par les règles particulières du titre écrit pour ces contrats au Code civil, et enfin par les règles particulières et modificatives que le Code de commerce ou autres *lois commerciales* postérieures ont, sur ce point, apportées aux règles du droit civil : c'est-là le résultat de l'article 1107 du Code civil déjà cité n° 25 et de la loi du 12 septembre 1807 qui abroge, à partir du 1er janvier 1808, toutes les anciennes lois touchant les matières sur lesquelles il est statué par le Code de commerce. Notre doctrine résulte encore de textes épars soit dans le Code civil, soit dans le Code de commerce. Nous n'en citerons qu'un exemple, l'article 1873, terminant le titre du *Contrat de société* au Code Napoléon, comparé à l'article 18 du Code de commerce qui commence le titre *Des sociétés*. Le premier portait : « Les dispositions du présent titre ne s'appliquent « aux sociétés de commerce, que dans les points qui n'ont rien « de contraire *aux lois* ET USAGES du commerce. » Le second exclut les usages et rend au Code civil toute sa prééminence : « Le contrat de société se règle PAR LE DROIT CIVIL, *par les lois* « *particulières* au commerce, et par les conventions des par- « ties. » Ce texte est l'application parfaite de l'article 1107 du Code Napoléon, qui gouverne tous les contrats, même les contrats commerciaux.

Or, si tel est le caractère exceptionnel du Code de commerce, il ne peut modifier le droit civil que selon l'étendue de ce qu'il exprime, et ne peut l'abroger en ce qu'il n'exprime point. Donc, s'il ajoute au droit civil en permettant de fournir à chaque lettre de change une sûreté commerciale appelée aval, il ne déroge en rien à la faculté civile de garantir la créance résultant d'une lettre de change, par un simple cautionnement, par un gage ou nantissement, par une hypothèque spéciale, etc., etc. Toutes ces conventions sont licites, elles sont efficaces, chacune dans son espèce, aux termes de l'article 1134, et la permission de donner commercialement aval n'en prohibe aucune. Donc, la faculté de donner aval n'exclut en rien tout autre mode de sûreté, et aucun de ces modes n'est un aval proprement dit.

Donc, *la faculté de donner aval* pour le payement d'une lettre

Digitized by Google

de change *n'est pas exclusive des divers modes civils de garantie;* donc, *on ne peut*, de l'article 141 du Code de commerce, *induire avec certitude* que tout cautionnement de lettres de change soit un aval.

62. Un simple particulier peut, même par un contrat purement civil, cautionner soit des lettres de change futures, soit un débiteur qui s'obligerait à payer en lettres de change. Notre opinion n'a rien qui ne s'accorde avec la liberté des conventions : elle se borne à dire que l'aval prévu au Code de commerce n'est applicable qu'à des lettres de change individuellement considérées, mais existantes au jour du contrat d'aval, et que les contrats qui ont pour objet soit de cautionner un compte dans les éléments duquel entreraient des lettres de change ou des billets à ordre, soit de cautionner même au profit d'un commerçant envers un banquier ou autre commerçant, le payement de lettres de change ou de billets à ordre venant de tiers ou à créer, ne sont point des contrats d'aval et n'engagent pas par corps la caution non commerçante, si elle n'a formellement consenti la contrainte en vertu de l'article 2060, § 5°. La première partie de cette proposition est justifiée par un arrêt de cassation *du* 31 *décembre* 1851 (aff. Cassanac), qui n'a vu ni soumission à la contrainte par corps ni dation d'aval dans l'engagement d'un fils qui, pour éviter des poursuites commerciales contre son père, avait garanti au créancier le payement de la somme capitale à lui due pour solde de compte et dividendes, avec intérêts au taux du commerce, quoique des lettres de change et des billets à ordre fussent les principaux éléments du compte. La seconde partie est justifiée par les principes du droit civil; et nous appliquerons ici, à la garantie générale, les termes qu'un arrêt de rejet (V. p. 120 et 121) applique à l'aval d'effets futurs : « Toute garantie donnée pour des effets de « commerce à créer constitue une obligation soumise à une « condition suspensive, celle de la création de ces effets; mais « cette création advenant, l'accomplissement de la condition « fait produire ses effets à l'obligation, la rend définitive, et ne « permet plus à celui qui l'a consentie de se soustraire à son « exécution. » (*Rejet*, 31 *décembre* 1859, aff. Valadier.) Ainsi, nous reconnaissons qu'il est permis de cautionner le payement de lettres de change à créer, puisque le cautionnement peut précéder la dette; puisque les choses futures peuvent être la

Digitized by Google

cause d'une obligation, et puisqu'il suffit pour la validité d'une obligation que la chose qui en fait l'objet soit déterminée quant à son espèce, la quotité de l'obligation pouvant être incertaine, pourvu qu'il soit possible de la déterminer (C. Nap. 1129, 1130). Aucune loi n'empêche l'application de ces articles à la matière des lettres de change. Donc, pareil engagement n'est pas défendu à un simple particulier; mais cet engagement n'est pas un aval : car, selon nous, l'aval doit toujours avoir pour objet direct des lettres de change actuelles, et jamais des lettres à créer.

63. Nous arriverons à une démonstration complète que tout cautionnement de lettres de change, surtout de lettres de change à créer, n'est point un aval, si nous établissons que le Code n'a dû avoir en vue que la lettre de change *individuellement* considérée, et même la lettre de change existant à l'instant de l'aval.

En effet, le Code n'a parlé de l'aval que comme d'un contrat à adapter à chaque lettre de change individuellement, et non pas comme d'un contrat relatif à une agglomération ou collection de lettres de change.

Il suffit de lire de suite les textes pour s'en convaincre.

Le titre VIII du livre Ier du Code de commerce est un traité complet de la lettre de change prise individuellement et *in abstracto*, § I, dans sa formation; § II, dans sa provision; § III et § IV, dans ses divers modes d'acceptation; § V, dans les divers modes d'échéance imposés à chacune; § VI, dans son mode spécial de transmission, et § VII, dans la solidarité imposée à tous les obligés qui figurent en une même et seule lettre de change.

Donc, quand, au § VIII, le Code permet de garantir le payement d'une lettre de change par l'espèce de contrat connu sous le nom d'*aval*, il parle de la lettre de change considérée individuellement comme dans les sept premiers paragraphes, et non pas de la convention de garantir en même temps des lettres de change à créer. En effet, le Code ayant considéré la lettre de change individuellement et comme actuellement formée et existante dans les §§ I, II, III, IV, V, VI et VII, et continuant à la considérer sous le même aspect d'individualité et d'existence actuelle dans les §§ IX, X, XI, XII et XIII, il devient encore plus évident que le § VIII donne le nom d'aval à la garantie de

Digitized by Google

la lettre de change considérée individuellement et comme existante au temps du contrat d'aval, et non à la garantie de lettres de change à créer.

64. Non-seulement l'économie générale de la rédaction du Code de commerce (section *De la Lettre de change*) démontre que les rédacteurs ont partout considéré la lettre de change individuellement et comme existante au temps des formalités qu'ils édictaient, mais l'état de la législation antérieure démontre aussi que l'aval conforme à la loi (ord. de 1673) était alors individuel à la lettre de change formée.

Cela est évident, puisque, donné par un simple particulier, l'aval *qui n'était pas mis sur la lettre même* (V. nos 19, 20, 21) ne produisait pas ses effets commerciaux (contrainte par corps et solidarité sans stipulation).

Cela est évident, puisque destiné à servir de garantie, non-seulement à celui au profit duquel on le consentait, mais encore aux porteurs subséquents, le véritable aval était physiquement uni à la lettre de change, proclamait à tous l'engagement solidaire des deux obligés et circulait aux mains de tous par l'effet des ordres.

Or, si l'aval mis sur la lettre circulait forcément avec la lettre, il est donc certain qu'il n'était applicable qu'à une lettre individuellement considérée, et qu'il devait y avoir autant d'avals que de lettres de change garanties par la même personne.

En est-il de même sous le Code de commerce qui permet de fournir cette garantie sur la lettre même ou par acte séparé (art. 142)?

Évidemment *oui* pour l'aval mis sur la lettre de change même. La raison physique est la même que sous l'ordonnance; l'aval circule avec la lettre; il fait corps avec elle.

65. La question ne peut donc s'élever que sur l'aval séparé, permis par l'article 142.

Elle se réduit donc à savoir si, en accordant la faculté de donner aval séparé à une lettre de change, le Code a voulu qu'il fût loisible à chacun d'être donneur d'aval pour lettre de change non encore existante.

La négative nous apparaît évidente, car, si l'aval régulier n'était alors que le contrat de garantie d'une lettre de change actuellement existante, et que la loi nouvelle ait permis une

Digitized by Google

seconde forme par tolérance, cette seconde forme ne peut être qu'une dispense de la forme de l'ancienne loi, qui, si l'aval était séparé, le faisait dégénérer en simple cautionnement.

Toute la portée de la loi n'est ici qu'un changement dans la forme; elle ne touche en rien au fond. L'aval par acte séparé est le même contrat que l'aval sur la lettre. Donc, il ne peut être aval qu'autant qu'on aurait pu l'appliquer sur la lettre; donc, l'acte qualifié aval qui précède l'existence de la lettre n'est que la promesse de donner aval, et ne vaut que comme cautionnement, non comme aval.

En effet, le Code n'est pas l'inventeur de l'aval des lettres de change; il indique donc ce contrat comme un contrat connu, et ne le confond pas, soit avec la promesse de donner aval, soit avec le cautionnement des comptes courants, soit avec la garantie d'un compte ouvert chez un banquier.

D'où nous concluons que tout cautionnement donné par un simple particulier d'une lettre de change ou de plusieurs lettres de change à créer par un tiers ou pour un tiers, toute garantie des lettres de change ou billets à ordre que ce tiers, même commerçant, remettra plus tard à son banquier, ne constituent pas le contrat que le Code de commerce appelle contrat d'aval et ne peuvent soumettre à la contrainte par corps la caution non commerçante.

66. Remarquons bien que sous l'ordonnance de 1673 l'aval de la lettre de change, acceptation ou endossement, n'était pas le seul. Il pouvait y avoir aval pour les billets de change, soit pour lettres de change fournies, soit pour lettres de change à fournir; dans le premier cas, il ne s'agissait que d'un cautionnement commercial du prix envers les tiers porteurs du billet; dans le second, de faire valoir, à l'égard du bénéficiaire et des tiers porteurs, la promesse du souscripteur de livrer aux jour et lieu indiqués les lettres de change désignées dans le billet. C'était une obligation de livrer des effets, et non de payer. Il y avait aussi l'aval des promesses de lettres de change non déterminées; enfin l'aval sur autres actes de pareille qualité concernant le commerce, ce qui comprenait évidemment entre marchands l'aval des billets à ordre et au porteur, et entre eux aussi l'aval des billets simples pour valeur reçue comptant ou en marchandises (V. *l'ord. tit.* 5, *art.* 33; *tit.* 7, *art.* 1er). Parmi ces avals, ceux des lettres et billets de change

Digitized by Google

avaient seuls le privilége de la contrainte par corps contre les non-commerçants, et tous avaient le privilége de la solidarité, *encore qu'il n'en fût pas fait mention dans l'aval*, POURVU QU'ILS FUSSENT MIS SUR les lettres de change, SUR les promesses d'en fournir, SUR les ordres ou acceptations, SUR les billets de change ou autres actes de pareille qualité.

Donc, pour conserver son caractère d'acte de commerce et ses priviléges, l'aval de toute espèce de titre devait toujours être uni inséparablement à l'acte que le donneur promettait de faire valoir; donc, l'aval ne pouvait jamais précéder le titre sans perdre son caractère et dégénérer en simple cautionnement. Il en résultait surtout que l'aval était inventé pour servir aux futurs propriétaires du titre principal. Notons bien ces conséquences.

67. Or, le Code de commerce, par les articles 141, 142 et 187, ne reconnaît plus d'aval qu'à la lettre de change et au billet à ordre (ce qui comprend l'aval des acceptations et endossements); il ne défend pas à un tiers non commerçant l'aval des billets de change (ou promesses de fournir des lettres de change déterminées); il ne défend pas à un tiers non commerçant l'aval des promesses de fournir des lettres indéterminées, pour une somme plus ou moins forte, pendant un temps plus ou moins long; il ne défend à personne de donner aval d'autre papier commerçable ou non; mais par cela même il déclare qu'il n'imprime la qualité d'acte de commerce qu'à l'aval des lettres de change, acceptations et endossements, et à celui des billets à ordre ou leur endossement; et que les autres avals, reconnus par l'ordonnance, mais virtuellement exclus par le Code de commerce, ne sont que de simples garanties sans effets commerciaux par elles-mêmes, qui n'entraîneront la contrainte par corps que si le donneur est commerçant et s'engage envers un commerçant, aux termes de l'article 631 du Code de commerce, § 1°, et non en vertu de l'article 142 qui leur est étranger; et par conséquent, tant par une conséquence ultérieure que par l'effet de l'article 1107 du Code civil et de l'abrogation de l'ordonnance de 1673 par la loi du 12 septembre 1807, l'aval des promesses de fournir des lettres de change pendant un temps plus ou moins long, pour une somme plus ou moins forte, jusqu'à un événement futur ou jusqu'à révocation de volonté exprimée, n'est qu'un cautionnement ordinaire, sauf

Digitized by Google

l'effet des stipulations particulières, par exemple la stipulation du *par corps* (art. 20, 5°).

68. Ce n'est pas tout. Après avoir donné cette faculté *de forme* (celle de faire aval par acte séparé de la lettre garantie), l'article 142 ajoute : « Le donneur d'aval est tenu *solidairement* « *et par les mêmes voies* que les tireurs et endosseurs, sauf les « conventions différentes des parties. »

Ne nous arrêtons qu'un instant à cette incise : « sauf les conventions différentes des parties, » elle signifie que celui-là qui donne un aval peut y déclarer qu'il n'en souffrira pas tous les effets de droit, qu'il ne sera pas tenu par corps, qu'il ne sera pas tenu solidairement, qu'il ne payera qu'après discussion; que s'ils sont deux donneurs d'aval, il y aura division entre eux; qu'il ne s'engage que pour partie de la dette, qu'il veut qu'on le prévienne du non-payement à peine de déchéance, et toutes autres dérogations possibles au droit particulier de l'aval commercial.

Ce qu'il est surtout utile de remarquer, c'est que l'aval par acte séparé de la lettre produit les mêmes effets que celui placé sur la lettre elle-même (V. ci-dessus, n° 26). Le second paragraphe de l'article 142 assimile parfaitement l'un à l'autre à un tel point que, même en écrivant un aval sur la lettre elle-même, on pourrait et même on devrait écrire sur la lettre elle-même toutes les modifications au droit spécial de l'aval, afin qu'elles fussent connues des tiers. C'est surtout pour l'aval écrit sur la lettre que le Code a inséré les mots : « *sauf les conventions différentes des parties.* »

69. Le projet de la commission nommée par le gouvernement en l'an IX rejetait péremptoirement l'aval porté sur la lettre. Il était opposé à l'ordonnance de 1673; l'article 102 portait : « Cette garantie est fournie par un tiers et par un acte séparé; « — les effets de cette garantie sont déterminés par les conven- « tions des parties. » — C'était dénaturer l'aval et n'en faire qu'une convention privée entre le donneur d'aval et le bénéficiaire garanti par l'aval. Mais cette rédaction avait été suggérée par la pensée que l'aval discréditait la signature qu'elle accompagnait publiquement. — Au Conseil d'État, contrairement à la section et au projet, on proposa cette rédaction : « Le donneur « d'aval est tenu solidairement et par les mêmes voies que les « tireur et endosseur, — sauf les conventions différentes *des*

Digitized by Google

« parties *si l'aval est donné par un acte séparé.* » C'était admettre que l'acte d'aval devait en principe être porté sur la lettre, mais qu'alors le donneur ne pouvait en rien modifier son aval qui devait demeurer absolu; tandis que, par acte séparé, toutes modifications seraient permises (*procès-verbal du 29 janvier* 1807). A la séance du 21 février 1807, on demanda le retranchement des mots « *si l'aval est donné par acte séparé,* » non pour ôter la faculté de faire aval séparé de la lettre, mais pour que les mots « *sauf les conventions différentes des parties* » se rapportassent ÉGALEMENT à l'aval *écrit sur* la lettre et à l'aval par acte séparé. En laissant l'article tel qu'on l'avait rédigé, on aurait pu [en signant l'aval sur la lettre] détruire des conventions formées par voie de correspondance (M. BIGOT-PRÉAMENEU) et empêcher que celui qui donne l'aval sur la lettre ne pût s'obliger que pour partie de la dette (MM. DEFERMON ET BERLIER). Aussi M. Locré (*Esprit du Code de commerce,* édition de 1811, t. II, p. 169) en a-t-il tiré avec exactitude cette conséquence que la loi avait admis le système du tribunal de commerce de Gand, qui, excluant toute distinction entre l'aval donné sur la lettre et celui qui le serait par acte séparé, avait demandé que l'article fût rédigé ainsi : « *Les effets de cette garantie sont dé-* « *terminés par la convention des parties. — En cas qu'elles n'en* « *aient pas fait mention, ils sont les mêmes que ceux qui résultent* « *de l'acceptation de la lettre de change.* »

70. Jusqu'à présent nous avons établi par l'état du droit sous l'ordonnance de 1673, par l'économie de la section *De la Lettre de change* au Code de commerce, par le texte des articles 141 et 142, par la manière dont ces articles se sont formés, par la faculté laissée aux citoyens de recourir aux contrats de droit commun pour le cautionnement des lettres de change à créer ou à fournir, que le § VIII au Code de commerce n'a pour objet que la lettre de change prise individuellement, actuelle et existante au temps de l'aval, et que la faculté de faire l'aval par acte séparé n'avait rien changé au droit et ne s'appliquait qu'à l'aval qu'on aurait pu mettre sur la lettre de change actuelle et existante. Il est temps de passer aux conséquences.

C'est un aval parfait que celui placé sous une copie de la lettre de change, ou même que celui qui énonce la lettre de change existante. — L'aval placé au-dessous d'un bordereau de lettres de change fournies par le tireur ou par un endosseur

Digitized by Google

à un nouveau porteur des traites, est tout aussi parfait, quoiqu'il offre des inconvénients dont on parlera plus tard.

L'aval d'une lettre de change existante serait tout aussi valable, s'il était donné par lettre missive, puisque la loi ne le défend pas; toute lettre missive qui contient un engagement demandé est un acte; et c'est en ce sens qu'on peut dire que la loi n'a pas réglé la forme de l'aval; mais, d'après nos principes, une lettre missive par laquelle un particulier demanderait sous sa garantie, à un banquier de prêter à un tiers, sur la lettre de change que celui-ci tirera demain pour une somme déterminée sur telle maison de banque d'une autre place de commerce, pour telle échéance, ne serait pas un aval proprement dit, mais un cautionnement civil. Ce n'est qu'une lettre de crédit.

71. Ceci paraît subtil; mais, en matière de liberté, il faut s'en tenir à la démarcation tracée par la loi, et rien n'est d'une matière plus déliée ni plus subtile qu'une ligne de démarcation. Si donc le Code de commerce, en admettant l'aval, ne l'a admis que pour la lettre de change actuelle, la promesse de garantir le payement à son échéance de la lettre de change à tirer demain n'est pas un aval.

Il faut bien qu'il en soit ainsi, même pour une seule lettre de change, ou qu'on puisse, même quand on n'est que simple particulier, promettre comme donneur d'aval la garantie d'une longue série de lettres de change à créer par un tiers; il n'y a pas de milieu. Ce qui doit être pour l'unité doit l'être pour la pluralité, la série, la collection ou l'éventualité des lettres de change à créer ou à négocier, même dans l'avenir.

Or notre doctrine n'est pas contraire au cautionnement des lettres de change à créer (V. n° 61 et n° 67); elle se borne à dire que ce cautionnement préalable n'est point un aval ni pour la lettre de change unique du lendemain, ni pour la pluralité promise à des époques futures : un contrat spécial inventé par le commerce et pour le commerce doit être réduit à sa spécialité; et au delà, on doit rentrer dans le droit commun.

D'où la conséquence que l'aval de cette espèce n'est pas de la compétence du tribunal de commerce, s'il a été souscrit par un non-commerçant, même quand il contiendrait le mot *aval*, même quand le signataire se dirait expressément *donneur* d'aval dès à présent des lettres de change à créer. L'aval n'est acte de commerce pour un simple particulier qu'autant qu'il est fait

Digitized by Google

dans les circonstances précisées par les articles 141 et 142. — Ainsi le prétendu donneur d'aval de lettres de change à créer, quoique assigné directement avec les débiteurs de la traite échue, proposera et devra obtenir son renvoi au tribunal civil, à moins que le demandeur ne prouve que le cautionnement ne se rattache en fait à une opération de commerce que le non-commerçant a faite avec le débiteur des traites.

72. Mais devant les tribunaux civils sera-t-il déchargé de la contrainte par corps ?

Si l'acte par lequel il a cautionné les lettres de change futures ne porte pas soumission expresse à la contrainte par corps, et n'est qualifié que de cautionnement ou de garantie, il n'est pas tenu par corps.

Si l'acte est déclaré fait *à titre d'aval* (titre erroné), il restera par les juges civils à décider en fait si ces mots emportent la soumission à la contrainte par corps.

Nous avons dit oui, presque absolument (V. n° 32), pour le donneur d'aval sur la lettre de change échue, mais non payée, même quand il n'agit que par bienfaisance, parce qu'il est averti par l'article 142 qu'il est tenu *par les mêmes voies* que le débiteur principal, et qu'il s'est soumis à la contrainte par corps en choisissant les mots « *je donne aval,* » au lieu des mots « *je cautionne.* »

Nous ne serons pas aussi affirmatif sur la question actuelle, parce que le prétendu aval n'en est pas un. Quand on cautionne des lettres à créer, et qu'on déclare, en cas de non-payement par le futur débiteur, se soumettre à la contrainte par corps, on use de la faculté donnée par l'article 2060, 5°. — Le mot *aval* peut n'avoir été employé que par erreur, sans que le souscripteur ait su qu'il lui était régulièrement permis de le rejeter. — D'un autre côté, le souscripteur peut l'avoir employé avec l'intention de déclarer qu'il se soumettait à la contrainte par corps comme si l'aval était régulier. Ainsi dans l'aval régulier dont nous parlions n° 32, l'article 142 fournissait l'interprétation ; mais dans notre espèce actuelle l'emploi du mot *aval* laisse un doute sur la volonté. C'est au juge à décider cette question par voie d'interprétation ; et si les circonstances et l'interprétation l'amènent à décider qu'il y a contrainte par corps, ce ne sera pas la contrainte par corps résultant de l'article 142 du Code de commerce ni de l'article 1er de la loi du 17 juillet 1832 qui devra

Digitized by Google

être prononcée, mais la contrainte par corps civile résultant de l'article 2060, § 5°, au Code Napoléon.

73. Si, comme nous l'avons dit, les deux modes différents d'aval de la lettre de change (sur la lettre ou par acte séparé) produisent les mêmes obligations de droit, au nombre de ces obligations est la *solidarité* avec le tireur, accepteur ou endosseur garanti envers le tiers porteur, quel qu'il soit, de la lettre de change. Cependant, en fait, quand l'aval est fait par acte séparé, le tiers porteur peut ne pas connaître l'aval. C'est même pour qu'il ne le connaisse pas, au moins jusqu'à l'échéance, que la loi a permis l'aval séparé; c'est pour éviter que l'aval, connu du public quand on le met sur la lettre, ne déprécie la signature du tireur, accepteur ou endosseur qui a eu besoin de ce secours. Le bénéficiaire de l'aval a donc la faculté de se taire jusqu'au moment où la traite lui vient en retour, et de ne dévoiler l'aval séparé que par action récursoire contre le donneur d'aval en même temps qu'il agit contre son cédant garanti. Le porteur n'a pas de reproche à lui faire, puisque le porteur n'a pas connu l'aval séparé au temps de la négociation.

74. De là une question fort grave. Le bénéficiaire de l'aval peut-il licitement avant l'échéance décharger le donneur d'aval? Je ne le crois pas. Je ne puis penser qu'en permettant l'aval séparé, le législateur l'ait converti en une contre-lettre qui n'aurait d'effet qu'entre le donneur et le bénéficiaire de l'aval (C. Nap. 1321). Ainsi prêt à tomber en faillite, le bénéficiaire de l'aval pourrait se faire des fonds par la remise au donneur de l'aval qu'il n'a pas transmis à l'endosseur subséquent. Ce serait contraire à la bonne foi, à la nature de l'aval et à celle des négociations.

En effet, l'aval séparé étant, comme l'aval sur la lettre, la garantie du payement de la lettre de change, est, comme l'aval sur la lettre, un engagement envers les tiers porteurs et un accessoire de la lettre de change. La négociation d'une lettre de change contient une vente de la lettre et par conséquent vente de tous les droits accessoires qui y sont attachés au jour de la négociation faite par le bénéficiaire de l'aval. Que, par indulgence, une loi nouvelle permette à ce bénéficiaire de retenir la garantie accessoire pour ne pas discréditer son cédant jusqu'à l'époque où la mise à exécution de son titre accessoire deviendra utile au porteur, on le comprend sans peine; mais qu'elle lui permette de regarder comme sa chose un acces-

Digitized by Google

soire de la chose vendue, c'est contraire à la probité commerciale, c'est contraire aux articles 1614 et 1615 du Code Napoléon. Nous devons l'accessoire de la chose vendue, même quand nous ne saurions pas qu'il existe. L'aval séparé restant aux mains de celui à qui il a été remis n'est donc qu'un dépôt qu'il est tenu, s'il vient à faillir, de remettre au tiers porteur de la lettre garantie, et que celui-ci revendiquerait comme sa chose dans la faillite, s'il en avait connaissance. — Nous limiterons ce que nous venons de dire en deux circonstances : 1° quand l'aval séparé portera formellement que l'aval n'a été donné que dans l'intérêt du seul bénéficiaire, et 2° au cas où il ferait remise de l'aval avant que d'avoir transmis la lettre par la voie de l'ordre.

Les observations que nous venons de faire prouvent combien l'ordonnance de 1673 avait été sage de supprimer l'aval séparé du titre. — Il n'est bon qu'à faire supposer, contrairement au texte de l'article 141, que l'aval ne garantit plus la lettre elle-même, quoique la loi le dise formellement, et qu'il n'est un contrat qu'entre le donneur d'aval et son bénéficiaire, ce qui n'est pas, sous peine de le confondre avec la contre-lettre civile de l'article 1321, pour laquelle il n'eût pas été besoin de l'article 142 du Code de commerce.

75. Nous demandons pardon au lecteur de cette digression et nous rentrons dans notre sujet. Nous avons borné l'aval à l'aval individuel d'une lettre de change, ou de plusieurs lettres de change existantes actuellement et comprises sous un même bordereau. (V. n° 70.) Nous savons bien que cet aval collectif de plusieurs lettres de change a un inconvénient quand le bénéficiaire négocie les lettres de change ainsi garanties chacune à des tiers porteurs différents. On ne peut pas à la fois le remettre aux divers porteurs. Mais un inconvénient ne change pas la nature d'un acte. L'acte peut être déposé dans un dépôt public, duquel chaque porteur tirera les copies ou extraits relatifs à la garantie de la lettre de change qui est isolée entre ses mains.

Mais là se borne la possibilité d'un acte séparé portant le nom d'aval. Au delà de cette possibilité, tous les traités par lesquels on déclare répondre qu'un tiers payera les lettres de change et billets à ordre, présents ou futurs, qu'il fournira à la personne dont on déclare répondre ne sont pas des avals, quoi qu'en disent les auteurs et la jurisprudence, et nous ne

Digitized by Google

concevons pas qu'il puisse y avoir des avals particuliers et des avals généraux. — Tout aval, même par acte séparé, est nécessairement particulier à une ou plusieurs lettres de change actuellement existantes. Au delà, ce sera nécessairement cautionnement, ouverture de crédit, lettre de crédit, ou tout autre contrat nommé ou innommé; — Ce ne serait pas un aval, et le simple particulier qui l'aurait souscrit sans y avoir un intérêt commercial, ne serait pas contraignable par corps; à moins qu'il ne s'y fût soumis expressément, parce que l'article 2060, § 5°, ne s'oppose pas à ce qu'on se soumette à la contrainte par corps pour les opérations futures du contraignable qu'on cautionne.

76. Sous l'influence de ces observations, nous allons maintenant faire connaître les principaux arrêts rendus sur la matière, et laisser au lecteur à juger si notre opinion générale est vraie ou fausse, et si les arrêts sont suffisants pour la détruire. Nous les placerons par ordre chronologique.

I. *Rejet, ch. civ.* 24 *juin* 1816 (aff. Saghnes). Une garantie donnée le 4 mai 1811 par un non-commerçant pour favoriser les relations d'intérêts entre un négociant, son ami, et un banquier, augmenter même le crédit de cet ami, et par laquelle ce non-commerçant *se porte garant et débiteur principal* des sommes que le banquier *a déjà prêtées* ou *pourra prêter* par billets ou lettres de change *et comptes courants* jusqu'à concurrence de la somme de 50,000 francs, RÉUNIT *tout ce qui est exigé par l'article* 142 *du Code de commerce pour constituer un aval;* et en le décidant ainsi, l'arrêt dénoncé avait fait une juste application dudit article, et par conséquent n'avait pas violé les articles 631 et 633 du Code de commerce.

Observations.

La vraie question du procès était une question de compétence : la maison veuve Boissier fils et Comp^e^ pouvait-elle traduire devant le tribunal de commerce Saghnes comme donneur d'aval? — Elle alléguait que pour les mêmes causes Saghnes, non-commerçant avait déjà accepté trois fois le tribunal de commerce, et que l'acte était un aval. L'arrêt de Montpellier du 31 août 1813 repoussa le premier moyen, parce que « s'agissant d'une incompétence *ratione materiæ*, on ne

Digitized by Google

« pouvait tirer aucune fin de non-recevoir des acquiescements « donnés par Saghnes à la juridiction du tribunal de commerce; » mais elle adopta le second, « que l'acte était un aval séparé, « et que l'aval soumettant celui qui le fait aux mêmes obliga- « tions que le premier débiteur, le tribunal de commerce était « compétent à cause de la nature spéciale de l'acte; » en d'autres termes, que l'aval était acte de commerce.

Mais de là résulte-t-il que la Cour de Montpellier et la Cour de cassation aient entendu juger que l'on pouvait donner pour lettres de change *à créer* un aval en vertu de l'article 141?

Nullement : car, bien que l'acte porte « *ou pourra prêter*, » le récit qui se trouve dans Sirey (ancienne collect., t. XVI, 1. 413), a dit clairement que quelques jours après le 4 mai, Roquefeuil, principal débiteur, était en faillite. Rien n'indique qu'il y ait eu de nouvelles lettres de change fournies à l'époque de la faillite.

Ainsi la garantie ne portait en réalité que sur les sommes prêtées au 4 mai, et nous pensons que ce qui a déterminé la Cour de Montpellier, ce sont les termes de l'*acte fait en double écrit*, par lequel Saghnes se portait, non pas seulement caution, mais *pour garant et principal débiteur*, ce qui est bien une promesse de faire valoir. — Une seconde circonstance de fait, c'est que dans ce même acte, les banquiers s'engageaient à décharger Saghnes d'un *aval* par lui donné pour pareille somme, à un autre banquier six mois auparavant; ainsi Saghnes rachetait par là sa dette commerciale résultant d'un autre aval. Ces faits que M. Darrieux a fait valoir dans son mémoire ampliatif, ont servi à démontrer que l'écrit portait sur des valeurs commerciales existantes au temps de sa date, et non sur des valeurs futures; on ne peut donc tirer de cet arrêt la conséquence que l'aval entraîne la contrainte par corps pour des lettres de change à créer.

II. *Bourges*, 23 *août* 1823 (aff. Imbert-Senly). Jugé qu'une lettre de crédit de M. Imbert et de M. Senly en ces termes : « Nous vous autorisons pour ouvrir un crédit à notre fils et « gendre, le sieur Imbert-Senly, jusqu'à concurrence de « 30,000 francs pendant un an à compter de ce jour, savoir « M. Imbert père pour la somme de 15,000 francs, et moi, « Senly père, pour pareille somme, » est un aval, par acte sé-

Digitized by Google

paré, de toutes les lettres de change et billets à ordre que le cautionné fournirait aux banquiers, par la raison que la demande d'ouverture de crédit suppose que le négociant cautionné livrera des billets à ordre et des lettres de change pour obtenir des deniers; que cette manière d'opérer est connue de tous, et qu'il faudrait une stipulation formelle pour que le banquier prît des valeurs étrangères au commerce.

Observations.

Ce qui justifie cet arrêt à nos yeux, c'est qu'il énonce, dans ses motifs, que le sieur Senly père était commerçant, et qu'il n'était pas certain pour la Cour qu'Imbert père fût retiré du commerce au jour de l'engagement, de sorte que la lettre, donnée par deux commerçants à un banquier pour ouvrir un crédit à un autre commerçant, est en elle-même un engagement entre négociants justiciables du tribunal de commerce, et soumettant à la contrainte par corps (art. 631, § 1°). Mais le raisonnement de l'arrêt qui regarde cette promesse comme un aval n'en est pas moins erroné. Les cautions ne se sont pas portées garantes des lettres de change, mais garantes du crédité et de la somme qu'il devrait; et s'il reste débiteur, les cautions non commerçantes ne sont ni justiciables des tribunaux de commerce ni contraignables par corps.

III. *Paris*, 12 *avril* 1834 (aff. Jollimon de Marolles). Jollimon de Marolles, non commerçant, avait écrit à la maison Paravey et Comp^e de Paris : « Je viens ouvrir un crédit de « 100,000 francs sur vous à M. Clavery-Grard, de Saint-Pierre-« Martinique, dont il fera usage directement et sous ma garantie « en traites à quatre-vingt-dix jours de vue.....» Jugé que cette garantie n'a pu être considérée comme un aval, parce qu'elle ne s'appliquait pas à des lettres de change existantes au temps où elle avait été donnée, et que l'article 142 du Code de commerce ne parle que de la lettre de change existante au temps de la garantie; qu'ainsi, bien que la garantie fût civilement valable, Jollimon de Marolles, non commerçant, n'en pouvait être tenu que par les voies de droit, comme d'une promesse civile, et non par corps.

Observations.

Notons bien que si Jollimon de Marolles eût été négociant, l'ordre qu'il donnait à Paravey et Comp^e d'ouvrir un compte à

Digitized by Google

Clavery-Grard pour lettres de change à créer par celui-ci, eût été un ordre de crédit donné par un commerçant à un commerçant; un engagement entre négociant et banquier, qui aurait soumis Jollimon négociant à la juridiction commerciale (631, § 1°, C. com.) et à la contrainte par corps pour dette commerciale (L. 17 avril 1832, article 1er), sans qu'il fût besoin de recourir à l'article 142 du Code de commerce.

Cet arrêt est peut-être celui qui dit le plus formellement qu'une garantie de lettres de change à créer ne peut être considérée comme aval.

On voit d'ailleurs qu'il est rendu depuis la loi de 1832, qui a fait cesser le trouble que causait autrefois le désaccord des termes entre la loi de l'an VI et le Code de commerce.

IV. *Rejet*, 16 *juin* 1846; *Paris*, 31 *mai* 1845 (aff. Bouzenot). La promesse donnée par une mère non commerçante à une maison de banque « de garantir à cette maison tous les effets « que ces banquiers tiendront de son fils, dans le cas où ils ne « seraient pas payés par les tireurs, les tirés ou remboursés « par son fils, et ce, jusqu'à ce qu'elle en soit déchargée par « eux, » *n'est point un aval*, mais un cautionnement, sans détermination de sommes, s'appliquant aux dettes passées, présentes et futures du fils, valable d'après les articles 1129 et 1130 du Code Napoléon.

Observation.

C'est la Cour de Paris qui a jugé que la promesse de la mère n'était point un aval. Le tribunal de commerce avait déclaré qu'il y avait aval, « l'article 142 n'exigeant point que le mot *aval* « fût exprimé dans l'acte séparé; le détail de la lettre ou des « lettres de change ne doit pas être énoncé dans l'acte pour « qu'il soit aval, les articles 141 et 142, ne le disant pas et de- « mandant seulement que le payement soit garanti et qu'il le « soit par un tiers, et se rencontrant ainsi dans l'espèce, les « conditions prescrites par la loi pour l'aval, garantie donnée « par un tiers pour le payement d'effets de commerce, »..... C'est bien l'axiome de la pratique : toute garantie du payement d'effets de commerce est aval. — La Cour royale a réformé, et déclaré qu'il y avait cautionnement.

La question d'aval ne s'est pas présentée dans l'espèce devant la Cour de cassation.

Digitized by Google

V. *Rejet, Ch. civ.*, 25 *janvier* 1847 (aff. Cauvel). Le 29 décembre 1841, Cauvel, négociant à Amiens, écrivait à M. Dubos, banquier à Rouen : « Dans le but d'être utile à MM. Potel et « Tavernier, qui ont avec votre maison des relations de ban- « que, je viens me *porter garant solidaire de ces amis* envers « vous, d'une somme de 15,000 francs pour le remboursement « des valeurs qu'ils pourront vous négocier dans le courant de « l'année 1842, de manière enfin, que si MM. Potel et Taver- « nier étaient dans l'impossibilité de vous remplir leur signa- « ture, vous puissiez *me la demander* jusqu'à concurrence de la « somme de 15,000 francs. »

En avril 1842, Potel et Tavernier ont suspendu leurs payements.

On induit d'un des motifs du jugement dont on parlera tout à l'heure 1° qu'avant le procès auquel cet écrit a donné lieu, Cauvel a, dès la suspension de payement, prétendu ne rien devoir à Dubos faute de ne lui avoir pas dénoncé les protêts faits sur les billets négociés à Dubos par Potel et Tavernier, et que Dubos n'a alors élevé aucune réclamation ; 2° et de plus qu'il résultait déjà *d'un jugement précédent*, que la garantie de Cauvel avait été donnée pour des valeurs négociées à Dubos par Potel et Tavernier par suite de la mauvaise position des souscripteurs et endosseurs, et à la condition d'un recours à exercer contre les endosseurs en cas de non payement.

Ce ne fut qu'en octobre 1843 que Dubos assigna Cauvel devant le tribunal de commerce de Rouen, en payement de 15,000 francs, montant *du principal*, intérêts et frais, de sept effets de commerce souscrits par divers, qui lui avaient été négociés par Potel et Tavernier : Cauvel, négociant, *outre l'allégation de fait dont nous avons parlé*, prétendit que c'était un aval d'endossements futurs; et que dénonciation lui en était due. — Jugement conforme, le 1er décembre 1843 ; — Le 15 mars 1844, arrêt confirmatif de la Cour de Rouen, et le 25 janvier 1847, arrêt de rejet portant « qu'aux termes des articles « 141, 142 et 187 du Code de commerce, le payement des « lettres de change et billets à ordre peut être garanti par un « aval ; que ledit aval peut être fourni sur l'effet même ou par « acte séparé ; qu'aucunes formes particulières ne sont pres- « crites pour cet acte, *et qu'aucun texte de la loi ne s'oppose à « ce qu'il soit donné pour effets futurs*, si la nature des effets,

Digitized by Google

« les sommes garanties et le temps assigné aux négociations « sont d'ailleurs clairement établis ; qu'en conséquence, l'arrêt « attaqué en décidant, d'après l'appréciation de la convention « des parties, que l'engagement du défendeur constituait un « aval, n'a violé ni les articles 1134 du Code civil, 141 et 142 « du Code de commerce, ni aucune autre loi. — (La seconde partie de l'arrêt sur la nécessité d'une dénonciation pour l'aval des endossements, n'est pas de notre matière actuelle).

Observation.

Ainsi, à notre grand regret, nous trouvons un arrêt moderne de la Cour de cassation qui, par voie de rejet, il est vrai, admet le contrat d'aval des effets futurs.

Notre respect pour la Cour de cassation nous défend ici toute discussion de principes : nous avons d'ailleurs exposé les motifs de notre opinion contraire, mais au moins, il nous sera permis de dire que dans cette espèce, il sortait des mots de la convention (« Agissez de manière que s'ils étaient dans l'impossibilité de vous remplir LEUR SIGNATURE, vous puissiez me LA demander, ») que Cauvel imposait à Dubos de l'avertir du non-payement effet par effet; cela ressortait encore plus d'un jugement antérieur portant que la garantie de Cauvel avait été donnée, à la condition d'exercer son recours contre les endosseurs en cas de non-payement; qu'ainsi il y avait *faute commerciale* de Dubos envers Cauvel de ne l'avoir point averti à mesure des défauts de payement. Ainsi, sans recourir au contrat d'aval, on aurait pu juger de même que le recours était perdu parce que la convention de garantie avait été faite sous la charge par Dubos d'avertir des non-payements à mesure des manquements, et dès lors, les juges du fait seraient arrivés au même résultat par une autre voie, l'imputation d'une faute dans l'exécution de la convention.

VI. *Caen*, 24 *janvier* 1848 (aff. Hamel). Lefrançois, marchand, avait pris le 24 novembre 1845 l'obligation d'ouvrir à Guilbert, autre marchand, un crédit de 7,000 francs, exigible dans six ans, sur billets à ordre qui seraient fournis par Guilbert et renouvelés à leur échéance. Hamel, beau-père de Guilbert, intervint à ce contrat et s'obligea solidairement à payer Lefrançois de la manière ci-dessus (c'est-à-dire à l'exigibilité

Digitized by Google

du crédit). Guilbert ayant manqué à ses obligations à la fin de 1847, et Lefrançois ayant recouru contre Hamel pour le payement de la totalité de la créance, la Cour vit dans cet acte *un aval* par acte séparé de billets à créer, mais s'appuyant sur la fausse interprétation que nous avons déjà examinée (V. n°s 52 à 57, p. 26 et suiv.) des articles 187, 636 et suivants du Code de commerce, et 3 de la loi du 17 avril 1832, a seulement infirmé au chef de la contrainte par corps, le jugement de condamnation prononcée contre Hamel, au tribunal de commerce, parce qu'il avait uniquement souscrit l'aval par des raisons de bienveillance pour son gendre.

Observation.

Selon nous, si Hamel devait être déchargé de la contrainte par corps, c'est uniquement parce qu'il n'y avait pas aval, mais simple cautionnement du crédit par un non-commerçant n'ayant aucun intérêt commercial dans l'affaire.

VII. *Douai*, 16 *décembre* 1848 (aff. veuve Vaillant). Vital, agent de change à Dunkerque, ouvrit un crédit de 100,000 francs à Picquet, négociant de la même ville, contre ses mandats sur Paris. Ce crédit devait s'étendre du 7 décembre 1847 au 31 décembre 1849; les mandats devaient être renouvelables jusqu'à l'extinction du crédit, et le premier de chaque mois à partir du 1er mars 1848, Picquet devait faire un versement de 5,000 francs pour l'éteindre.

A cet acte étaient intervenus, madame Vaillant, veuve d'un notaire de Dunkerque, et M. Vaillant, notaire en ladite ville, « lesquels ont déclaré se constituer les cautions solidaires de « M. Picquet et s'obliger solidairement avec lui à l'exécution « pleine et entière du crédit accordé; déclarant être engagés « envers M. Vital, aussi complétement que si les intervenants « auxdits titres (c'est-à-dire aux mandats ou traites sur Paris) « y étaient parties, soit comme tireurs, soit comme endosseurs; « renonçant à toutes exceptions qu'ils pourraient élever, soit « comme non-négociants, soit de toute autre manière quel- « conque; se considérant en cette occurrence, comme négo- « ciants, et se soumettant à toutes les conséquences de cette « position. »

Picquet, après avoir fait usage du crédit, tomba en faillite dans les premiers mois de 1848. M. Vital, poursuivit devant le

Digitized by Google

tribunal de commerce de Dunkerque, l'exercice de sa garantie contre la dame veuve Vaillant. Le tribunal accueillit la demande, malgré le déclinatoire de cette dame.

Mais la Cour de Douai déclara ouvertement l'incompétence. La soumission au tribunal de commerce était inopérante, si la dame Vaillant n'avait pas fait acte de commerce; or, le cautionnement, même solidaire, n'est pas en soi un acte de commerce. On objectait vainement que la dame veuve Vaillant, par ces mots, « *qu'elle s'obligeait comme tireur ou endosseur*, » s'était portée donneur d'aval : l'aval est une garantie spéciale, particulière à la lettre de change et au billet à ordre, et dans ce cas, le créancier doit agir directement au payement des effets garantis de cette manière, et non en payement du cautionnement donné au compte, d'après le principe que c'est l'objet de l'ajournement que le juge doit prendre en considération pour statuer sur la compétence.

Observation.

Cet arrêt paraît, au premier coup d'œil, très-favorable à notre opinion, que l'aval ne peut s'étendre aux lettres de change à créer : cependant nous croyons que, sur la question, il ne prouve rien et n'est pas concluant; car, il a posé en doctrine, par une fausse interprétation de l'article 636 du Code de commerce, que nous avons réfutée ailleurs (V. n°s 52 et suiv.) que l'aval, par acte séparé ne rend pas justiciable du tribunal de commerce, et nous pensons le contraire. Aussi déclare-t-il, d'une part, que le tribunal de commerce n'ayant pas été saisi d'une action en payement d'aval, mais en payement d'un cautionnement de crédit, il n'échoit pas, en l'état, d'examiner si l'appelant était ou non passible de la juridiction commerciale, par application des principes relatifs à l'aval; et que, d'autre part, il était également inutile de s'arrêter à l'examen de la double question de savoir si le cautionnement dont il s'agissait, pouvait être considéré comme une convention d'aval, ou si cette garantie spéciale peut être donnée pour des effets futurs.—Nous ne devons donc pas regarder comme autorité en notre faveur, un arrêt qui déclare n'avoir pas voulu examiner les questions de droit en elles-mêmes.

VIII. *Riom*, 19 *juin* 1849 (aff. Segret). Henri et Hippolyte

Digitized by Google

d'Espinchal étant débiteurs de la maison Comitis et Marche, en vertu de nombreuses lettres de change ou effets de commerce, lorsque le 22 septembre 1842, Léon Segret adressa à cette maison une lettre par laquelle il garantit *à titre d'aval*, jusqu'à concurrence de 15,000 francs, les sommes dues *à quelque titre que ce fût* à cette maison par lesdits d'Espinchal, ledit Léon Segret a été condamné par corps. — Ainsi jugé que lorsqu'un non-commerçant déclare *à titre d'aval* (l'arrêt le pose en fait) garantir les lettres de change et billets à ordre d'un commerçant existants au temps de l'aval, on doit donner à l'aval ainsi qualifié, tous les effets que lui font produire les articles 141 et 142 du Code de commerce.

Observation.

La seule difficulté de cette espèce est dans les mots « *à tel titre que ce fût*, » car, ces mots ne prouvent pas par eux-mêmes que le garant sût que les débiteurs avaient fourni des lettres de change et des billets à ordre. Mais ces mots relatés dans l'exposé cèdent devant l'arrêt même qui dit, par voie d'interprétation, que le non-commerçant a déclaré avoir garanti à titre d'aval des lettres de change et des billets à ordre d'un commerçant existants au temps de l'aval. — La solution est conforme à nos principes dans les termes de l'arrêt seulement.

IX. *Rejet*, 11 *juillet* 1859 (aff. Valadier). Voici une espèce singulière où notre opinion semble être en défaut. Nous nous bornerons d'abord à bien retracer les faits d'après ce qui ressort des jugements et arrêts. Depuis la création de la maison Marty-Delavigne, M. Valadier, commis de Mme Marty, a toujours négocié chez M. Bataille les valeurs de cette maison ; il en recevait les contre-valeurs en espèces ; il était dans l'habitude de cautionner chaque valeur remise. — Valadier était commis : les jugement et arrêt le constatent. Était-il commis intéressé? Les arrêts sont muets sur ce point, quoique, dans notre conscience, il soit impossible qu'il en ait été autrement, à cause du long temps qu'ont duré les opérations ; et ce qui paraît certain, c'est qu'au moins il était facteur de ladite Marty-Delavigne, à l'effet de lui procurer des fonds chez Bataille, sur les valeurs commerciales qui entraient dans ses effets à recouvrer. — Cela dura usqu'au 21 octobre 1850. — A la date du 21 octobre 1850, M. Valadier donna à M. Bataille une garantie générale conçue

Digitized by Google

en ces termes : « Je garantis à M. Bataille tous les effets que « Mme Marty-Delavigne fournit par ma signature, » et, dans le fait, signa tous les effets : *Valadier pour Mme Marty* jusqu'en 1854, sans donner aucune garantie particulière ni endossement comme auparavant. — A cette époque, Bataille voulut exercer une retenue sur chaque effet à lui négocié, pour porter cette somme au crédit de son compte. Valadier résista ; Mme Marty accepta, et depuis lors, c'est par l'intermédiaire de son fils que les négociations ont été faites.

En 1858, le sieur Bataille demanda au sieur Valadier, devant le tribunal de commerce de Castelnaudary, une somme de 27,782 francs pour le montant de 18 lettres de change qu'il avait garanties avant leur création par l'aval du 21 octobre 1850, effets écrits et signés par lui pour le compte de Mme Marty-Delavigne. Le tribunal, par jugement du 3 avril, déclara que cet écrit était un aval. Remarquons bien que Valadier ne se bornait pas à demander la décharge de la contrainte par corps; il prétendait probablement que sa garantie devait se borner aux effets qu'il avait remis le 21 octobre 1850, en même temps qu'il écrivait : « *Je garantis à M. Bataille tous les effets que Mme Marty-Delavigne fournit par ma signature.* » La vraie question alors était de savoir si malgré les *termes de présent*, la garantie s'étendrait aux effets fournis plus tard de la même manière. Le tribunal a déclaré qu'en fait, il résultait de l'aveu des parties et de divers faits, que la garantie embrassait tous les effets postérieurs. La Cour de Montpellier, à son tour, a déclaré que l'acte était un véritable aval commercial ; « *qu'il n'était pas exact* de « prétendre que les créances futures ne puissent être l'objet « d'un aval, *et qu'il est certain* au contraire que l'aval peut être « donné pour assurer le payement d'une créance qui n'existe pas « encore, mais qui, dans l'esprit des contractants, est cependant déterminée et limitée; et d'ailleurs que la créance dont « il s'agit rentre parfaitement dans la classe de ces obligations, « puisque Valadier qui s'engageait le 21 octobre 1850 à faire « à Bataille, le payement de tous les effets que la dame Marty « fournirait (la Cour, d'après sa conviction, remplace par des « termes *de futur* les termes *de présent* qui sont dans l'écrit), « par la signature de lui, Valadier, restait toujours le maître « d'arrêter la somme à laquelle s'appliquerait son engagement, « en refusant de signer au nom de Marty. » Le reste de l'arrêt

Digitized by Google

contient les raisons de fait qui l'ont déterminé à juger que l'écrit s'appliquait aux négociations futures.

Sur le pourvoi, arrêt de rejet en des termes admirables de précision et de clarté : « Attendu que l'aval donné pour des « effets de commerce à créer constitue une obligation soumise « à une condition suspensive, c'est-à-dire, à la création de ces « effets ; mais que l'accomplissement de la condition rend l'obli- « gation définitive et ne permet plus à celui qui l'a consentie « de se soustraire à son exécution ; attendu qu'alors que le « donneur d'aval doit être et est le créateur pour compte d'au- « trui des effets dont il garantit le payement, le fait de cette « création, en même temps qu'il accomplit la condition néces- « saire à l'existence de cette obligation, en fixe l'objet précis, « l'étendue et la durée ; que dès lors aucun principe de droit « ne s'oppose à la validité d'un aval de cette nature ; attendu « qu'il est déclaré en fait par l'arrêt attaqué, que l'aval souscrit « le 21 octobre 1850, par Valadier, pour tous les effets que la « femme Marty fournit à Bataille par la signature Valadier, « s'appliquent à dix-huit lettres de change par lui créées posté- « rieurement pour le compte de la femme Marty, commerçante, « à des échéances et pour des sommes déterminées et négociées « à Bataille ; qu'en condamnant Valadier par corps et solidaire- « ment avec la femme Marty à en payer le montant, la Cour « impériale de Montpellier a fait une juste application des « articles 141 et 142 du Code de commerce. »

Observation.

Nous avons voulu rassembler tous les arrêts notables sur la matière, et surtout ce dernier arrêt, juste au fond, et d'une vérité exacte exprimée en termes aussi philosophiques que juridiques. Il semble ruiner notre opinion ; et c'est justement pourquoi nous avons voulu le placer sous les yeux du lecteur. Cependant, il n'a pu ébranler notre conviction et nous n'en pensons pas moins que jamais la loi n'a permis de donner aval de lettres de change ou d'effets de commerce qui ne sont pas encore créés.

C'est justement le mérite intrinsèque de la rédaction de cet arrêt qui nous a fait craindre un retour de jurisprudence en faveur des avals d'effets à créer, et qui nous a déterminé à nous occuper de cette étude.

Digitized by Google

Remarquons bien que l'espèce est singulière, et que le lecteur doit prendre les motifs réunis pour obtenir le vrai sens juridique de l'arrêt.

Si l'on s'arrêtait au premier motif, il en résulterait que la déclaration d'un non-commerçant qu'il entend garantir toutes les lettres de change que telle personne fournira à tel banquier, pendant le cours de telle opération, ou pendant six mois, ou jusqu'à révocation du mandat, serait un aval. Nous avons dit ci-dessus, n° 67, en nous emparant de la rédaction de ce motif, mais en substituant au mot *aval* les mots *garantie* ou *cautionnement*, que ce motif était juridique pour toute garantie promise pour l'avenir, et qu'un pareil contrat est obligatoire; mais qu'il n'est point un aval.

Ce qui a déterminé la Cour de cassation, ce n'est pas le premier motif seul, mais l'adjonction du second motif, en ce que le donneur d'aval, étant en même temps *donneur* d'aval et *créeur* pour compte d'autrui des effets dont il garantissait le payement, ce donneur d'aval, accomplissait lui-même la condition, qui faisait naître l'obligation de garantir et en fixait lui-même l'objet précis, l'étendue et la durée.

De la combinaison de ces deux motifs, l'arrêt, réduit à son espèce, juge seulement que la promesse de garantir les lettres de change qu'on tirera et qu'on signera plus tard pour le compte d'autrui, est un aval valable de toutes les lettres de change, que le promettant tirera plus tard dans les conditions fixées par l'écrit primitif.

On ne doit pas isoler le premier motif du second, si l'on veut avoir *la chose jugée*, parce que la Cour de cassation, tout élevée qu'elle est, ne juge que des espèces, et que ses motifs ne sont pas des arrêts.

Et si l'on examinait bien le fait, peut-être devrait-on dire que Valadier qui jusqu'au 21 octobre 1850, avait fourni garantie particulière de chacun des effets de la dame Marty, en déclarant audit jour par écrit qu'il garantira à Bataille les effets que la dame Marty fournira pas la signature de lui, sieur Valadier, n'a pas donné un aval dans le sens de l'article 141 du Code de commerce; mais que pour éviter les doubles engagements qu'on avait fait jusqu'alors, il a, audit jour, promis que sa signature sur les effets pour compte de la dame Marty, vaudrait à la fois, pour M. Bataille, comme engagement de

Digitized by Google

Mme Marty par procureur, et comme aval de Valadier pour chaque effet. S'il a promis le 21 octobre 1850, qu'à l'avenir, sa propre signature aurait un double effet au profit de Bataille, il n'a pas ce jour-là donné un aval; il a seulement fait la promesse qu'à l'avenir sa signature vaudrait aval sur chaque billet que Mme Marty fournirait par son mandataire Valadier, sans qu'il fût besoin d'un aval distinct de la signature du mandataire. Chaque billet signé postérieurement *Valadier pour Dame Marty* est donc l'exécution de la promesse, et contient le véritable aval, tel que Valadier et Bataille sont convenus qu'il sera formulé; et n'a rien de contraire aux principes que l'aval ne s'applique qu'à des lettres de change actuellement existantes, puisque le fait physique de la signature par le donneur d'aval n'a lieu qu'au moment de la négociation de chaque billet à celui pour qui, par une convention antérieure, la signature Valadier doit produire effet dans une double qualité.

Une espèce si singulière ne peut donc pas être détournée à une autre espèce quelconque. COIN-DELISLE.

RÉVISION DU CODE PÉNAL DU PORTUGAL.

NOUVEAU RAPPORT PRÉSENTÉ AU ROI, PAR LA COMMISSION, LE 3 MARS 1860.

Traduit par M. BONNEVILLE, conseiller à la Cour impériale de Paris.

(*Suite* [1].)

§ 7. — *Des casiers judiciaires.*

Le paragraphe unique de l'article 43 détermine l'organisation immédiate du *registo criminal* (que les Français appellent *casiers judiciaires*) comme un des moyens les plus importants pour la prévention des crimes et la répression de la récidive.

Sans un compte courant de l'*état moral* de l'individu au point de vue de la criminalité, il est impossible de réprimer les récidives. Mais ce compte, comment le faire?..... Bonneville a résolu cette question par le moyen des *casiers judiciaires*, c'est-à-dire

[1] V. tome XVII, page 500 (numéro de décembre 1860).

Digitized by Google

par *la localisation, au greffe du lieu de naissance, de toutes les indications judiciaires concernant chaque condamné.* Ce système, dont la nécessité a été soutenue par lui alors qu'il était procureur de la République au tribunal de Versailles, a été adopté, le 6 novembre 1850, par M. le ministre de la justice Rouher. Il donne aujourd'hui les plus précieux résultats, au triple point de vue : de *la répression des récidives*, de *la pureté des listes électorales et du jury* et de *la moralisation sociale.*

Aussi est-ce avec juste raison qu'Achille Morin dit, dans son *Dictionnaire du droit criminel :*

« *L'établissement des casiers judiciaires est une des plus importantes améliorations qui, depuis longtemps, aient été introduites dans l'administration de la justice criminelle* [1]. »

Des bulletins (*boletins*) contenant toutes les indications relatives aux individus criminels seront, par les autorités judiciaires du royaume, envoyés au greffe de l'arrondissement du lieu de naissance de chaque condamné. Au moyen du registre criminel (*registo criminal*), constitué par la réunion de ces bulletins, les tribunaux pourront être immédiatement et exactement renseignés sur les habitudes, les antécédents, le signalement de chaque accusé ; ils pourront même au besoin trouver, dans ce bulletin, *la physionomie* du condamné, auquel s'appliquent les condamnations relevées, si, comme on l'a déjà fait en France et en Angleterre, on voulait compléter les indications signalétiques par l'application des procédés *photographiques* [2].

Les feuilles courantes (*folhas corridas*) qui existent chez nous, depuis les ordonnances (liv. V, tit. 125 [3]), et auxquelles se réfère le Code de procédure dans ses articles 1033 et 1095, sont en réalité le germe de cette institution ; car, comme disent Pereira et Souza, dans leurs *Premières lignes sur la procédure criminelle* [4], « la feuille courante est exigée par nos lois à l'effet « de savoir si l'accusé est coutumier du fait (*costumado a delin-* « *quir*), » et parce que les hautes considérations émises sur ce

[1] V° *Localisation des renseignements judiciaires.*

[2] Bonneville, *De l'amélioration de la loi criminelle*, p. 648 à 706.

[3] De Philippe d'Espagne, sur les *feuilles courantes*, V. la charte royale du 30 avril 1622, l'édit du 21 janvier 1655, etc., et, depuis la nouvelle réforme, *les instructions du ministère de la justice* de février 1834, 4 novembre 1839, 4 juin 1844, etc.

[4] § 236, note 2. — Mendes et Castro, *Pract. lusit.*, part. I, liv. 5, cap. 1, § 4, n° 59.

Digitized by Google

sujet par Manuel Lopez Ferreira, dans sa *Pratique criminelle*[1], indiquent clairement le but et la nécessité de cette institution. Mais la feuille courante, telle qu'elle existe aujourd'hui en Portugal, est bien loin de répondre au but du *registo criminal* ou des *casiers judiciaires*. Les livres de culpabilité de chaque greffe, auxquels se réfère l'article 1000 du Code de procédure, alors qu'ils seraient convenablement organisés et qu'ils contiendraient les renseignements les plus précis, ne peuvent suppléer à la *localisation* et *concentration* de toutes ces indications dans le lieu de naissance de chaque condamné.

Nous ne pouvons donc nous empêcher d'insister, avec toute l'énergie dont nous sommes capables, pour l'établissement du *registo criminal*, afin de ne pas voir se reproduire chez nous ce dont se plaignait jadis, en France, Legraverend : « Il peut arriver fréquemment, disait-il, que la récidive, quoique réelle, reste ignorée ou ne puisse être établie, lorsque le deuxième crime ou délit est commis loin du lieu où l'a été le premier. Le coupable profite alors de cette ignorance ou du défaut de preuves[2]. »

§ 8. — *Des exécutions capitales.*

La commission est convaincue que les exécutions sur la place publique, loin de produire l'effet qu'on en attendait, exercent sur la multitude la plus pernicieuse influence. Déjà en 1822, l'avocat Tonelli, de Florence, dans le journal *l'Antologia*[3], considérait ce spectacle comme immoral et dangereux pour le peuple. Le Dr Richard Whately, archevêque protestant de Dublin, s'est élevé avec force contre la publicité des exécutions dans la lettre, qu'en 1832, il adressa à lord Grey[4]; la même opinion a été exprimée, en 1838, par Victor Foucher, aujourd'hui conseiller à la Cour de cassation de Paris[5]; en 1841, par un membre des communes, le sieur Rich, dans le projet qu'il présenta à la Chambre le 16 février[6]; en 1845, par Lieber, pro-

[1] T. III, cap. 1, nos 1 à 35.

[2] Legraverend, *Traité de la législation criminelle*, t. II, p. 606.

[3] Numéros de mai 1822 et de mars 1832.

[4] *Thoughts on secondary punishments, in a letter to Earl Grey;* London, 1828.

[5] *Sur la réforme des prisons;* Paris, 1838, p. 95.

[6] Hantute, *De l'intimidation dans le système des peines* (*Revue du droit français et étranger* de 1849, p. 767).

Digitized by Google

fesseur de droit dans la Colombie, au cours d'une lettre qu'il adressait à Mittermaier [1]; la même année, par le criminaliste allemand Abegg [2]; enfin en 1848, en Belgique, par Quetelet [3].

C'est sous l'empire de ces idées que plusieurs nations se sont déterminées à supprimer, dans les exécutions à mort, *l'antique publicité*, sans toutefois lui substituer *le secret* qui les accompagnait dans la République de Venise.

En Amérique, la publicité est proscrite dans les États de New-York, Massachussets, Pensylvanie, Ohio, Maryland et dans presque tous les États septentrionaux de l'Union.

En Allemagne, elle a été abolie, dès 1844, par la diète du grand-duché de Saxe-Altenbourg; elle l'a été plus tard dans la principauté de Schwarzbourg-Sondershausen, par la loi du 14 août 1847, et, la même année, elle a été supprimée dans le nouveau Code de Prusse; enfin en ce moment, en Belgique, la suppression de cette publicité est unanimement proposée par la commission de révision du Code pénal.

Conformément à ces précédents, la commission, dans l'article 111, substitue à la publicité actuelle des exécutions capitales une autre publicité, qui n'a pas les mêmes inconvénients, et qui rappelle le mode usité dans les États qui ont admis cette abolition. La commission est convaincue que ce mode nouveau d'exécution, loin de diminuer l'impression morale que cette peine doit produire, la rendra au contraire plus forte et plus durable.

§ 9. — *De la déportation (degredo).*

Dans la première édition du projet, on avait suivi, pour qualifier le *degredo*, le système de l'article 50 du Code pénal, qui considère cette peine comme *aggravée* dans nos possessions d'Afrique *orientale*. Or, ce système ne peut être suivi sans inconvénient; car il existe, dans l'Afrique *occidentale*, des lieux pareils aux pires endroits de l'Afrique *orientale*, et d'autres lieux qui, sans être aussi durs (*asperas*), peuvent constituer encore un degré intermédiaire entre le *degredo* simple et le *degredo* aggravé.

[1] *Rapport adressé, par la commission chargée de la révision du Code pénal de Belgique, à M. le ministre de la justice;* Bruxelles, 1849.

[2] *Ibidem.*

[3] *Du système social;* Paris, 1848, p. 215.

Digitized by Google

Par ces considérations, la commission, dans l'article 128, a divisé les colonies pénales affectées au *degredo* en trois catégories : — la première, *Mossamedes* et l'archipel de *Cabo-Verde* (Cap-Vert); — la seconde, *Angola* et les îles *Santi-Thome et Principe* (Saint-Thomas et le Prince); — la troisième, *Benguella*, *Moçambique*, *Bissan* et *Cacheu*.

Dans cette classification, établie eu égard au degré d'influence du climat sur les condamnés, la commission a suivi, autant que possible, les indications des documents et rapports officiels existant au ministère de la marine et des colonies; elle a été spécialement aidée dans l'œuvre de cette répartition par M. le conseiller José Tavarès de Macedo, qui, avec la haute intelligence et la courtoisie bienveillante qui le caractérisent, s'est empressé de lui fournir les plus précieux éclaircissements [1]

§ 10. — *Des amendes.*

L'article 134 consacre une autre innovation : c'est l'application de *moitié* du produit des amendes à l'établissement de bienfaisance *du lieu du délit.*

Jadis le roi de France, saint Louis, reconnaissait l'avantage de cette disposition dans sa lettre datée d'Aigues-Mortes aux agents du royaume (en 1269). Il leur écrivait : « *Quidquid de portione amendarum nos contigerit, in pauperes volumus erogari* [2]. »

Bien que presque toutes les législations, même la nôtre, aient plus ou moins reconnu l'excellence de cette idée, on peut dire que sa consécration, comme principe général, remonte au Code de Sardaigne de 1790.

« *Tutte le pene pecuniarie..... s'applicheranno..... per altro quarto allo spedale della carità, stabilito nel luogo del comesso delitto* [3].

Cette règle a eté définitivement consacrée dans l'article 31 du Code du Brésil et dans l'article 241 du nouveau Code d'Autriche, du 27 mai 1852.

[1] Nous avons joint comme documents deux notes relatives aux condamnés à la déportation, depuis 1837 jusqu'à 1859, et aux travaux dans la prison de Lisbonne, de 1852 à 1859; la commission doit ces renseignements à l'intelligent magistrat, substitut du procureur du roi, M. Manuel Pedro Sergio de Faria Azevedo.

[2] Bonneville, *De l'amélioration de la loi criminelle*, p. 99.

[3] Lib. IV, tit. 25, art. 11.

Digitized by Google

Si cette disposition a d'une part l'avantage, comme le dit Bentham, d'imprimer à la peine d'amende une plus grande autorité morale aux yeux du condamné; de l'autre, en faisant servir l'amende au soulagement de la misère, on fortifie singulièrement, comme l'observe Bonneville [1], par l'influence des idées religieuses et charitables, l'action préventive et répressive des crimes; et en effet, le produit des amendes étant ainsi converti en revenu pour les établissements de bienfaisance du lieu du délit, tous les citoyens honnêtes de la localité auront une raison de plus, une raison légitime, honorable de concourir activement à la recherche et à la répression des malfaiteurs [2]!

La commission n'a pu hésiter à consacrer cette disposition qui est logique, généreuse, morale, et qui profite à la fois au trésor, à l'ordre public et aux établissements charitables.

§ 11. — *De l'emprisonnement préventif.*

La commission a cru devoir, dans l'article 143, consigner ce principe : que la justice *pourra* tenir compte au condamné de la détention par lui subie avant son jugement [3]. Sur ce point nous avons adopté l'article 62 du Code de Sardaigne, qui concède aux tribunaux cette faculté : *potrà essere computato.* »

Entre la théorie absolue d'Hennequin, qui, dans l'Assemblée législative française de 1850, proposa de *toujours* compter, dans la durée de la peine, le temps de la détention préventive, et le système de ceux qui n'en veulent *jamais* tenir compte, nous nous sommes prononcé pour le *principe* de la computation; mais nous avons eu soin de faire dépendre l'application de ce bénéfice des circonstances spéciales qui peuvent le motiver, à savoir : *la détention prolongée sans la faute de l'inculpé*, appréciation qui reste abandonnée au bon sens (*ao bom senso*) des tribunaux. — La formule du Code de Sardaigne nous a paru préférable et aux articles 104 et 105 du Code de Bavière (de 1813) et à l'article 46, nº 50, de celui d'Autriche, qui tous deux ont consacré cette généreuse doctrine [4].

[1] *De l'amélioration de la loi criminelle*, p. 102. — *Des pénalités pécuniaires;* Versailles, 1847.

[2] *De l'amélioration de la loi criminelle*, p. 106.

[3] Bonneville, *De l'amélioration de la loi criminelle*, p. 478.

[4] Cette doctrine, si pleine d'équité, est également consacrée par les articles 69, 70 et 71 du Code pénal de Toscane. (*Note du trad.*)

Digitized by Google

§ 12. — *Des grâces.*

La grâce des peines *correctionnelles* n'a pas été assujettie aux conditions exigées pour la grâce des peines plus graves (*criminelles*); mais, en compensation, le paragraphe unique de l'article 169 veut que, dans ce cas, le pouvoir puisse toujours (*sempre*) imposer au gracié (solvable) l'obligation de payer certaines sommes, à titre d'aumône (*de esmola*), en faveur de l'établissement de bienfaisance du lieu du délit [1].

Cette idée existait déjà dans notre vieille législation, comme il appert et de l'édit du 7 novembre 1611, qui, pour toutes les grâces expédiées dans les Cours souveraines, exige qu'on applique 200000 reis, par année, en faveur de l'hôpital Saint-Antoine de Madrid, et de l'édit du 2 octobre 1658, qui sanctionne les instructions du 2 septembre 1656. C'est là, du reste, un point sur lequel les jurisconsultes sont d'accord [2].

Ces dispositions, ainsi que celles contenues dans notre premier rapport, n'impliquent dans le système constitutionnel, ni même dans le régime du pouvoir absolu, aucune atteinte au droit de grâce; elles ne sont que des règles raisonnables et justes pour son exercice; règles auxquelles ne peut se soustraire aucun des pouvoirs de la société, parce qu'il n'en est aucun qui soit absolu; parce que le *droit* ne peut jamais être *arbitraire* [3]. Déjà, dans le siècle dernier, un jurisconsulte portugais, écrivant sous l'empire de ce régime, n'hésitait pas à dire : « Nous devons admettre que le prince ne peut, sans raison légitime, pardonner les peines des délits; et qu'il commettrait une faute grave si, dans ce cas, il n'agissait avec une pleine connaissance des personnes, des lieux, du temps, et après s'être enquis de toutes les circonstances qui accusent (*arguem*) ou défendent (*defendem*) les coupables; ce qui est d'autant plus vrai que nos lois catholiques n'ont pas de pouvoir absolu. [4] »

§ 13. — *De l'indemnité aux inculpés ou condamnés reconnus innocents.*

L'indemnité concédée aux citoyens *déclarés innocents*, par

[1] Bonneville, *Traité des inst. complém. du régime pénitentiaire*, p. 161 et suiv.; Paris, Cotillon, 1847.

[2] Bonneville, *ibid.*, p. 165 et suiv.

[3] Romagnosi, *Genesi del diritto penale*, n° 1152.

[4] Manuel Lopes Ferreira, *Pratica criminal;* Porto, 1767, p. 157.

Digitized by Google

suite du procès en révision, est une des dispositions nouvelles insérées dans le projet (art. 177).

« Le droit de l'innocence reconnue à la réparation sociale est d'une justice si manifeste qu'on semble l'affaiblir en le discutant.....

« La société, sur des indices plus ou moins concluants, mais laissés à l'appréciation et direction absolues des tribunaux, se prend à soupçonner d'un crime un honnête citoyen; elle l'arrête, elle l'interroge; elle le jette en prison; le séparant ainsi de tout ce qui lui est cher et le confondant avec les plus grands coupables..... Mais si, finalement, elle reconnaît qu'il est *innocent*, ou si elle découvre son innocence, après qu'il a été condamné, elle doit une réparation à cet homme sur qui elle a jeté ses soupçons; qu'elle a humilié par une accusation fausse; qu'elle a arraché à ses affaires, à sa profession, à ses affections domestiques; qu'elle a livré aux rigueurs d'une incarcération préventive et peut-être frappé d'une peine; assujettissant par là sa famille entière aux mêmes tortures morales et matérielles[1] ! »

« Une erreur de la justice, écrivait Bentham, est déjà par elle-même un sujet de deuil; mais que cette erreur, une fois reconnue, ne soit pas réparée, c'est le renversement de l'ordre social ! »

« Ce droit de l'innocence a été presque toujours reconnu en principe, et s'il n'a pas encore obtenu, parmi nous, une sanction légale, claire et déterminée, c'est que d'imprudents déclamateurs ont persisté à l'exagérer jusqu'à l'absurdité, et que les défenseurs plus sages, tout en se renfermant dans les vraies limites, n'ont pas su lui assigner une formule de réalisation *pratique*[2]. »

Il est cependant certain que cette question de justice a commencé à préoccuper tous les esprits généreux, à mesure que l'action répressive s'est concentrée davantage entre les mains de la société et que la responsabilité de l'accusation injuste fut passée de l'accusateur particulier, vis-à-vis duquel la solution était simple[3], aux mains de l'accusateur public.

[1] Bonneville, *De l'amélioration de la loi criminelle*, p. 403 et 404.

[2] Bonneville, *De l'amélioration de la loi criminelle*, p. 506 et suiv.

[3] Sur le système des Grecs et des Romains, V. Bonneville, p. 506 et suiv. — Chez nous, lorsque l'accusé était acquitté, l'accusateur était condamné aux frais, à la réparation du dommage et puni de peines plus ou moins

Digitized by Google

La Société des arts et belles lettres de Châlons-sur-Marne proposa, en 1781, un prix au meilleur écrit sur les moyens d'indemniser les inculpés *reconnus innocents*, et elle couronnait *ex æquo* les mémoires de Brissot de Warville et de Philippon de la Madelaine[1]. »

Quelques années plus tard, le vertueux Louis XVI, *le promoteur et le martyr de la liberté*, proclamait à la face du pays le droit sacré des innocentes victimes de l'action judiciaire par son ordonnance du 8 mai 1788; — en 1789, les États du royaume insistèrent pour la réalisation pratique et complète du droit, exprimant dans leurs notes les sentiments de la partie éclairée de la nation[2]. — Ces sentiments furent reproduits par le marquis de Pastoret, dans son ouvrage sur les lois pénales[3]; par le savant et austère magistrat Duport, dans le remarquable projet de procédure criminelle qu'il soumettait à l'Assemblée nationale en avril 1790; par Vivien et Bouchené-Lefert, dans les mémoires soumis en 1823 à la même académie de Châlons[4]; par Merlin[5], par Legraverend[6], par Faustin-Hélie[7], par Bonneville[8], et parmi nous par l'illustre Paschoal José de Mello Freire, dont la commission est heureuse de reproduire les expressions : « Quod reus absolutus, qui maxime certe incommoda ob sibi objectam adcusationem pati coactus fuit, innocens tamen deprehensus, litis præterea *expensas* solvere teneatur, ab omni prorsus humanitate alienum videtur. Eas igitur quodammodo societas ferre debet[9] et damnum reo sarcire vel ex

graves, s'il était prouvé avoir agi de mauvaise foi. (*Ord.*, liv. V, tit. 118, pr. et § 1).

[1] *Idem*, p. 512.

[2] *Idem*, p. 513.

[3] *Des lois pénales;* Paris, 1790.

[4] Qui avait de nouveau mis au concours le même sujet.

[5] *Rép. de jurisp.*, v° *Réparation civile.*

[6] *Législation criminelle*, t. I.

[7] *Théorie du Code pénal.*

[8] *De l'amélioration de la loi criminelle*, chap. 20 et 21; *De l'indemnité due par la société aux citoyens indûment poursuivis ou condamnés.*

[9] Les inculpés *reconnus innocents* étaient alors tenus de payer, non-seulement *les frais de la procédure suivie à tort contre eux*, mais jusqu'*aux frais de l'incarcération* qu'ils avaient *injustement subie.* Louis XI fit cesser en partie ce monstrueux abus par son ordonnance de novembre 1463, art. 14, laquelle est ainsi conçue : « Item enim super eo quod FREQUENTER aliquem capi et incarcerari contingit et causâ cognitâ, IGNOSCENTEM SEU INCULPABILEM reperiri, et nihilominùs detineri pro geolagio et scripturâ....»

Digitized by Google

ærario judiciali, vel ex mulctis pecuniariis, quibus veri delinquentes condemnantur. Quemadmodum fama, honor et damna quæcumque sarcienda sunt reo, vel ejus heredibus, qui post sententiam latam et exsecutione mandatam innocens adparuit[1]. »

Quant au mode de réaliser la réparation due à l'innocence reconnue, la commission, après avoir pesé tout ce qui a été si bien écrit sur cette matière, estime que les vrais principes sont les suivants :

1° L'indemnité doit être à la fois *morale* et *pécuniaire*[2].

2° La première, qui a pour but de réparer l'honneur offensé d'un honnête citoyen, doit consister dans la publication par voie des journaux, et par l'affiche dans les lieux publics, de la sentence qui a acquitté l'accusé *comme innocent*, ou qui déclare *innocent* l'individu condamné par suite d'une erreur de la justice. C'est le système que prescrit l'ordonnance de Louis XVI[3].

3° La seconde, qui doit réparer le dommage souffert par l'innocent, est due à tout accusé absous *comme innocent;* mais elle ne doit pas s'étendre à l'inculpé absous *faute de preuves*, comme l'ont prétendu, par exagération, Duport, Brissot-Warville et autres[4].

4° Cette indemnité, s'il y a une partie *civile* en cause, sera supportée par elle. Dans tout autre cas, ou si la partie civile est insolvable, elle doit être supportée par l'*État*[5].

§ 14. — *Des crimes commis par la voie de la presse.*

Nous avons introduit dans cette seconde édition du projet quelques dispositions nouvelles indispensables au sujet des

Concessimus quod nullus quamvis captus et incarceratus fuerit et demùm OMNINO INNOCENS et SINE CULPA repertus, si ad solvendum hujus modo geolagium aut scripturam ab hoc factam aliquatenùs teneatur si absque vehementi et justâ suspicione incarceratus fuerit. » — François Ier généralisa cette réforme par son ordonnance de 1539. Louis XIV la reproduisit dans sa célèbre ordonnance de 1670, qui met les frais et les dommages-intérêts à la charge de la partie qui succombe. (*Note du trad.*) V. Bonneville, *De l'amél. de la loi crim.*, p. 510.

[1] *Instit. juris crim. lusitani;* Olisipone, 1794, tit. 20, § 10.

[2] Bonneville, *De l'amélioration de la loi criminelle*, p. 518

[3] *Ibid.*, p. 515.

[4] *Ibid.*, p. 521.

[5] *Ibid.*, p. 521.

Digitized by Google

crimes commis par la voie de l'impression; ainsi l'article 55 établit, pour qualifier les *auteurs*, une règle spéciale qui était exigée par la nature spéciale de ces sortes de crimes; ainsi le n° 17 de l'article 58 déclare circonstance aggravante le fait d'avoir commis le crime par le moyen de la presse. Comme, d'après le projet de la commission, ces crimes seront à l'avenir soumis aux dispositions du Code, il devenait nécessaire de placer, dès à présent, ces principes dans la partie générale.

Bien que la commission se réserve, dans le rapport sur la deuxième partie du projet, d'émettre, au sujet de cette espèce de crimes, des considérations plus développées, elle ne peut s'empêcher de faire remarquer que si, d'une part, elle a dû bannir toutes les dispositions qui entravent la liberté de répression de la pensée, liberté que la commission respecte comme tous les autres droits de l'homme, elle a dû également écarter toutes celles qui tendraient à pousser le respect de la liberté jusqu'à protéger, par une tolérance absurde, les abus et la licence. Ce sont là des écueils que, de l'aveu de tous, on n'est pas jusqu'à ce jour parvenu à éviter. Autrefois par exemple, tandis que l'injure *verbale*, plus légère à coup sûr que l'injure par la voie de la presse, pouvait être punie de l'emprisonnement, celle-ci, bien que plus grave, ne pouvait être punie que d'une amende insignifiante. Et de même n'avait-on pas remarqué que, sous le prétexte de protéger la liberté, on permettait d'attaquer la Charte constitutionnelle, et avec elle les principes les plus solides du droit naturel.

Et de fait, si l'article 145, § 3, garantit à chacun le droit d'exprimer et de communiquer sa pensée *par la parole et par l'écriture*, et *de la publier par la voie de la presse*, c'est bien évidemment sous la responsabilité de *l'abus*. La Charte regarde comme aussi sacré le droit d'exprimer sa pensée par la parole que par la voie de l'impression; la liberté de parler, comme la liberté d'écrire. Le droit est le même; les modes de l'exercer peuvent varier sans en altérer la nature et la valeur juridiques [1].

Les crimes commis par la voie de la presse rentrent dans la règle générale des autres crimes, avec cette différence qu'ils peuvent être aggravés parce qu'ils sont commis par un mode

[1] Rosmini Serbati, *Filosofia del diritto*, t. I, p. 660-695. — Chassan, *Délits et contraventions de la parole, de l'écriture et de la presse;* Paris, 1851, tome I.

Digitized by Google

qui les rend plus graves, à raison, soit de la plus grande alarme qu'ils peuvent causer à la société, soit du plus grand dommage qui peut en résulter pour l'offensé.

Maintenant, quelle influence ces considérations auront-elles sur la loi de procédure ; c'est-à-dire les crimes de la presse devront-ils, comme tous les autres crimes, être jugés par le jury, ou déférés aux tribunaux correctionnels, suivant la peine à leur égard édictée? Ou devront-ils être toujours jugés par le jury, ou seulement quand ils seront de nature politique?

Ce sont là des questions étrangères au Code pénal et qui rentrent dans la sphère du Code de procédure.

§ 15. — *Considérations finales.*

La commission ne peut s'empêcher de faire remarquer que, tout en s'attachant dans son travail à suivre le progrès de la science et de la législation criminelle, elle n'a pu dédaigner l'élément *historique.* Elle a vu avec bonheur que plusieurs des dispositions, aujourd'hui proclamées par la science, existaient déjà, du moins en germe, comme elle a eu l'occasion de l'indiquer, dans l'antique jurisprudence des autres peuples et jusque dans nos propres lois du Portugal. Malheureusement ces dispositions avaient été, jusqu'à ce jour, l'objet d'un dédain immérité au sujet duquel un écrivain moderne s'exprime en ces termes : « Il advient souvent, dit-il, que l'homme marchant droit devant lui, dans la ligne du progrès, est obligé de délaisser sur sa route, et sans le savoir, plus d'une richesse, plus d'un objet précieux, plus d'un germe fécond ; mais arrive bientôt le moment où, éclairé par un secret instinct, il retourne en arrière pour recueillir ce qu'il avait d'abord dédaigné ; de même, après avoir assisté à la rapide décrépitude de tant de prétendues nouveautés, il va redemander le principe du progrès, la séve de rajeunissement, le feu sacré, aux vieilles inspirations, aux antiquités toujours neuves et toujours vertes[1] ! » Également convaincu de cette vérité et s'efforçant d'en formuler le résultat, M. Guizot disait avec raison à l'Académie française : « L'heureux accord du respect du passé et des tendances irrésistibles vers l'avenir, des traditions fortes et des grandes

[1] J. Salvador, *Paris, Rome, Jérusalem, ou la question religieuse au XIXe siècle;* Paris, 1860, t. I, p. 23.

Digitized by Google

espérances, est précisément le problème qui est posé devant notre époque [1]. »

Ce serait un malheur, en effet, si la législation, qui tend incessamment à projeter ses rameaux vers l'avenir, oubliait que ses racines sont dans le passé ! Le droit marche comme les nations elles-mêmes ; sa physionomie varie avec celle de la société ; ses conditions d'existence changent ainsi que celles des États ; mais il ne perd jamais le type spécial qui le distingue.

Chaque peuple, quelles que soient les grandes et continues mutations que subit sa situation, garde toujours, avec son individualité physique, le sentiment de son individualité morale. Le droit exprime ce sentiment ; et, à travers les vicissitudes des siècles, il conserve toujours des vestiges plus ou moins évidents de sa physionomie primitive. C'est que la chaîne du temps, telle forte que soit la violence que les révolutions emploient pour la détruire, ne cesse de se dérouler avec son inaltérable et majestueuse constance ; c'est qu'enfin « *le passé n'abdique jamais ses droits* [2]. »

La législation du Portugal au XIXe siècle n'est pas une législation spontanée, sans lien avec le passé, sans trait d'union qui la rattache aux traditions antiques des nations et du genre humain. A la superficie même du nouveau sol juridique, nous rencontrons en abondance de riches matériaux appartenant à notre ancien droit et à notre vieille jurisprudence.

La véritable science consiste à savoir discerner et allier dans l'étude, comme dans l'élaboration des lois, les deux grands éléments du droit : l'*élément historique*, qui le complète en lui donnant la *réalité*, et l'*élément philosophique*, qui le féconde en l'entraînant dans la région des idées. *Le fait* et *la pensée*, *la matière* et *l'esprit*, voilà les principes immuables du droit, parce qu'ils sont les principes essentiels de l'homme !.....

§ 16. — *Collaboration des criminalistes étrangers.*

Aux illustres jurisconsultes qui ont consenti à aider la commission dans son épineuse tâche, et qu'elle a déjà signalés à

[1] En 1852, lors de la réception de M. de Montalembert.

[2] Klimrath, *Essai sur l'étude historique du droit et son utilité pour l'interprétation du Code civil.* — « *Multa renascentur, quæ jàm cecidere...* » (Hor.)

Digitized by Google

Votre Majesté à la fin de son premier rapport [1], elle doit ajouter Hauss, criminaliste distingué, professeur à l'Université de Gand et rapporteur de la commission de révision du Code pénal de Belgique, et Édouard Calmels, avocat près la Cour impériale de Paris, fort connu en Europe par ses travaux sur la propriété littéraire et artistique.

La commission se fait un devoir de réitérer à tous ces savants jurisconsultes l'expression de sa reconnaissance, et spécialement à Bonneville de Marsangy, conseiller à la Cour impériale de Paris, dont les très-importants travaux sur le projet eussent pu former un volume [2], et qui se propose de publier à Paris une traduction de notre nouveau Code, accompagnée d'une introduction historique et d'un commentaire approfondi, offrant, sur chaque article, les documents les plus récents de la science et de la législation comparée.

Bien que le précieux concours prêté à la commission par ces éminents jurisconsultes doive rester gravé dans le cœur de chacun de ses membres, Votre Majesté voudra sans doute le reconnaître, ainsi qu'il le mérite d'ailleurs, et comme un véritable service rendu à notre pays!

En terminant ces réflexions sur la nouvelle édition de son travail, la commission s'empresse d'ajouter qu'elle espère bientôt soumettre, à votre royale appréciation sa seconde et dernière partie du Code pénal. Si, d'aventure, Votre Majesté pensait que les efforts par elle employés pour remplir sa mission n'ont pas été infructueux, la plus vive satisfaction qu'elle pût éprouver serait de voir donner à son travail la consécration légale.

« La gloire de l'écrivain, a dit Filangieri, est de préparer des matériaux utiles à ceux qui gouvernent [1]. »

— « La gloire des gouvernements, a dit Napoléon Ier, est

[1] MM. Mittermaier, conseiller privé et professeur à la Faculté de droit d'Heidelbourg; Bonneville de Marsangy, conseiller à la Cour impériale de Paris; Ortolan, professeur à la Faculté de droit de Paris; Molinier, professeur à la Faculté de droit de Toulouse.

[2] Ces observations ont en effet été, par les soins de la commission, réunies et reliées en un volume qui a été déposé dans les archives du ministère de la justice.

[1] Filangieri, *De la science de la législation.*

Digitized by Google

de savoir se servir des matériaux qu'ils ont sous la main[1] ! »

Dieu garde la précieuse vie de Votre Majesté !

Lisbonne, le 3 mars 1860.

Antonio de Azevedo Mello e Carvalho, *président*[2].
José Antonio Ferreira Lima.
Dr Levy Maria Jordão, *secrétaire et rapporteur*[3].

DE L'INDICATION DE LA PEINE DANS LA DISCUSSION DEVANT LE JURY.

Par M. Eug. Paringault,
docteur en droit, procureur impérial à Beauvais.

I.

1. Les libertés de la défense en matière criminelle, reconquises en 1789 à la suite d'une patiente usucapion de deux siècles et demi, sont un droit pour l'accusé et pour la société elle-même,

[1] Napoléon Ier. (*Œuvres de Napoléon III*, t. I, p. 32.)

[2] M. de Mello, ancien membre du Corps législatif, ministre d'État honoraire, grand-croix de l'ordre royal de Saint-Jacques-de-l'Épée, est un des plus savants conseillers de la Cour de cassation. Il a été, au sein des Cortès, un des plus ardents promoteurs des réformes radicales que réclamait la législation pénale portugaise. Ses précédents travaux et sa longue expérience des matières criminelles lui ont fait conférer l'honneur de présider à la grave et difficile tâche qu'accomplit la commission de révision. (*Note du trad.*)

[3] M. le Dr Levy Maria Jordão, professeur de droit pénal et membre du célèbre institut de Coimbra, avocat à la Cour de cassation, membre de l'Académie royale des sciences de Lisbonne, avocat de la maison régnante de Bragance, auditeur général du ministère de la marine et des colonies, etc., etc., commandeur de l'ordre du Christ, etc., est auteur du meilleur commentaire qui existe en Portugal sur le droit criminel. Il est un des jeunes jurisconsultes qui font le plus d'honneur aux écoles française et allemande, dont il a jadis suivi les cours et dont il est parvenu, avec autant de succès que d'éclat, à concilier les doctrines juridiques et à propager la légitime influence. Sa renommée et ses infatigables travaux le signalaient naturellement à la haute confiance du roi. Le nouveau Code pénal portugais ne pouvait avoir un plus éminent interprète. Le nom de M. Jordão restera attaché au Code pénal de Don Pedro V d'Alcantara, comme celui du jeune savant allemand Fuerbach demeure désormais inséparable du célèbre Code de Bavière (Code Maximilien). (*Note du traducteur.*)

Digitized by Google

intéressée à ce qu'aucune expiation imméritée ne soit jamais facilement prononcée; mais ces libertés, comme toutes les autres et en vue de leur propre conservation, doivent être contenues et réprimées dans leurs excès. C'est dans cet ordre d'idées que l'article 311 du Code d'instruction criminelle indique pour le conseil de l'accusé la prohibition de rien dire contre le respect dû aux lois.

2. Le droit de la défense ne pouvant aller en aucun cas jusqu'à faire la critique de la loi ou de la peine édictée par elle, il faut conclure tout de suite qu'il y a écart de cette défense lorsqu'elle cherche à démontrer la disproportion qui existe, suivant elle, entre le fait poursuivi et la disposition législative qui l'atteint, à l'effet d'en faire écarter absolument l'application[1]. Il y a écart encore lorsque, toujours au même point de vue, la défense demande de rejeter, en vue d'un amoindrissement de la répression, une circonstance aggravante dont elle reconnaît l'existence. Ce qu'on appelle en pareil cas *les pieux mensonges* constitue, sous une forme plus ou moins transparente, une résurrection de la théorie d'une omnipotence qui, du haut en bas, n'appartient à aucun de ceux qui concourent à l'administration de la justice répressive, soit comme juges, soit comme agents investigateurs de la constatation des délits.

3. Mais en dehors de ces points, qui ne font pas de difficulté sérieuse, le défenseur, le ministère public et le président des assises, car la règle doit être systématiquement uniforme pour tous les trois, peuvent-ils parler de la peine au jury? La question est vivement controversée.

4. La pratique, constatons-le tout de suite, est presque partout contraire à l'opinion permissive de l'indication de la peine, et quand, dans une Cour d'assises, le défenseur entre un peu trop résolûment sur le terrain de l'indication de la loi, il est ordinairement l'objet d'une interruption de la part du président des assises, qui lui rappelle tout aussitôt la disposition de l'ar-

[1] Il en serait autrement si le défenseur se bornait à en prendre thème pour obtenir du jury une atténuation de la peine. Un arrêt de la Cour de cassation du 31 mars 1825 le défend; mais il importe de remarquer que la jurisprudence antérieure à la réforme de 1832 a perdu, en cette matière, tout caractère d'application pratique. C'est un point qui ressortira de l'ensemble de notre dissertation, et sur lequel, pour éviter des redites, il est inutile de nous appesantir en ce moment.

Digitized by Google

ticle 342 du Code d'instruction criminelle, défendant aux jurés de penser aux suites de leur déclaration, et des termes duquel, quand on l'isole des réformes ultérieures de notre procédure criminelle, paraît pouvoir s'induire en effet la prohibition dont il s'agit.

5. Cette pratique de la presque unanimité des présidents d'assises est conforme à la doctrine du dernier arrêt de la Cour de cassation sur la matière, qui est en date du 25 mars 1836. Est-ce à dire que cet arrêt ait résolu la question à la satisfaction de tous ceux qui ont lu ses motifs, et qu'il ait ainsi coupé court à toute discussion par sa décision magistrale? Pas le moins du monde, car les auteurs qui ont écrit depuis lors sont presque unanimes pour combattre sa doctrine[1], et si la pratique des Cours d'assises se confine dans la théorie de l'arrêt de la Cour régulatrice, elle s'y confine dans des conditions de transaction, d'équivoque et de tiers parti qui établissent qu'elle n'a pas une foi absolue dans le radicalisme d'un principe qu'elle compromet souvent par les tempéraments mêmes dont elle en entoure l'application.

6. Depuis cet arrêt de 1836 et conformément d'ailleurs à un réquisitoire de M. le procureur général Dupin, qui lui sert de commentaire, l'indication de la peine est devenue une question de pure tactique de langage. Le mot est interdit, mais l'équivalent est permis aux habiles. Ainsi, par exemple, on ne pourra pas dire qu'un fait est puni de la peine de mort; on s'exposerait, en parlant si nettement, à une interruption, mais on pourra,

[1] *Sic* MM. de Molènes, *Traité pratique des fonctions de procureur du roi*, tome Ier, pages 414 et suiv.; — Ortolan, *Élément de droit pénal*, nos 1123 et 1124; — Trébutien, *Cours élémentaire de droit criminel*, tome IIe, p. 413 et suiv.; — Dalloz, *Répertoire*, vis *Défense-Défenseur*, n° 134; — Chauveau et F. Hélie, *Théorie du Code pénal*, 3e édit., tome VIe, pages 248 et suiv. — M. F. Hélie est moins affirmatif dans l'ouvrage qu'il a publié seul (V. son *Traité de l'instruction criminelle*, tome VIIIe, pages 835 et suiv.). — M. Ach. Morin paraît aussi se prononcer avec quelque réserve dans le sens de la doctrine des auteurs cités plus haut, qui semble pourtant être la sienne (*Répertoire du droit criminel*, ve *Jury*, section 3e, partie II, n° 87). — Quant à M. de Lacuisine, *Traité du pouvoir judiciaire dans la direction des débats criminels*, pages 894 et suiv., il estime que *poser la question c'est la résoudre*, et il combat, sans autre forme de procès, toute indication de la peine. Telle est aussi l'opinion à laquelle s'arrêtent, mais dans des termes moins tranchants, les auteurs du *Répertoire du journal du palais*, vis *Défense-Défenseur*, n° 421.

Digitized by Google

avec quelques ombres au tableau, développer là-dessus sa pensée tout à son aise et indiquer aux jurés que le fait appelle contre son auteur l'expiation la plus extrême. Ainsi encore il y aura interdiction formelle d'annoncer que tel autre crime fait encourir à celui qu'on en accuse la peine des travaux forcés; mais on énoncera et l'on répétera, sans entraves d'aucune sorte et sans que le principe de l'article 342 en paraisse le moins du monde ébranlé, que dans la cause une condamnation sans circonstances atténuantes ferait transporter l'accusé hors du territoire continental, à temps ou à perpétuité, selon la qualification des faits, dans un de ces établissements pénitentiaires qui depuis 1852 remplacent nos anciens bagnes. Pour être écouté sans interruption, il suffit donc d'employer ce qu'un magistrat (M. de Lacuisine, *loco citato*), très-fervent soutien de la doctrine de la Cour de cassation en cette matière, n'hésite pas à admettre sous le nom d'*un lointain artifice*. C'est là un expédient compromettant pour la dignité de la justice, et c'est un système de transaction qui crée une évidente inégalité dans les défenses, puisque l'interruption ira souvent atteindre l'inexpérience d'un Cicéron novice, tandis qu'un routier exercé du barreau saura s'en préserver en se faisant au fond tout aussi clairement entendre de l'auditoire, malgré les apparents ménagements de la forme.

7. Mieux vaut, à notre avis, plus de franchise, et, s'il ne s'agissait pas de chercher avant tout le vrai sens de la loi, nous nous rangerions *à priori* à l'opinion de ces présidents d'assises que M. Faustin Hélie (*Instruction criminelle*, loco citato) appelle les plus éclairés, et qui ne craignent pas que le jury soit averti des conséquences légales de son verdict.

8. Nous voyons également une abdication, à la vérité plus déguisée, de la doctrine de la Cour de cassation dans une pratique de certains présidents d'assises. Au début de la session, au moyen d'une instruction particulière adressée aux jurés dans leur chambre, ils commencent par leur exposer d'une façon générale le mécanisme des circonstances atténuantes, leur influence sur les limites et la décroissance de la pénalité; puis ils font plus : ils leur annoncent que, lorsque dans une affaire ils désireront être éclairés spécialement sur les conséquences légales de leur déclaration, le magistrat directeur des débats criminels se mettra à leur disposition pour se faire leur initia-

Digitized by Google

teur à cet égard et pour venir leur fournir à domicile tous les éclaircissements qu'ils pourront souhaiter. Cette pratique démontre la nécessité de ne pas refuser aux jurés des indications sur la nature de la peine qui atteindra le fait par eux déclaré constant; mais l'usage que consacre cette pratique peut n'être pas sans inconvénients. Pourquoi faire à huis clos ce qu'on interdit de faire publiquement? D'ailleurs, en supposant que ces conférences intimes soient en parfait accord avec l'interdiction aux jurés de ne communiquer avec personne, il est incontestable que ces instructions familières de droit criminel peuvent présenter des dangers. Que le président, la chose n'est pas impossible, croie la peine moindre qu'elle n'est réellement; que sur cette indication des circonstances atténuantes aient été refusées, et voilà une conséquence irréparable qui ne se serait pas produite si la discussion de la peine avait eu lieu contradictoirement.

Mais cette discussion contradictoire est-elle légale? C'est ce qu'il faut maintenant examiner.

II.

9. L'interdiction aux jurés de se préoccuper de la loi pénale n'est pas contemporaine de l'importation en France du jury en 1791. Le décret des 29 septembre-21 octobre 1791, en forme d'instruction pour la procédure criminelle, se bornait à énoncer à titre de conseil le précepte qui suit : « Ce qu'il est bien essentiel de ne pas perdre de vue, c'est que toute la délibération du jury de jugement[1] a pour base l'acte d'accusation. C'est à cet acte que les jurés doivent s'attacher : leur mission n'a pas pour objet la poursuite des délits; ils ne sont appelés que pour décider si l'accusé est coupable ou non du crime dont on l'accuse. »

10. Le précepte réduit à ces termes était sage. Mais en l'an IV, lors de la confection du Code du 3 brumaire et probablement sous l'influence du souvenir de certains acquittements qui ne devaient pas trop étonner dans ces temps d'agitation politique et de tâtonnements d'un jury encore novice, on voulut plus. L'article 372 de ce Code déclare que les jurés

[1] Il y avait alors, outre le jury de jugement, le jury d'accusation, qui n'a fonctionné que vingt ans; ses attributions ont été déférées aux Cours impériales lors de la mise à exécution du Code d'instruction criminelle, à la date du 1er janvier 1811.

Digitized by Google

commettent *un manquement à leur premier devoir* « lorsque, pensant aux dispositions des lois pénales, ils considèrent les suites que pourra avoir, par rapport à l'accusé, la déclaration qu'ils ont à faire. » La lecture de cet article devait être faite, par le président des assises, aux jurés lorsqu'il leur remettait les questions qu'ils avaient à résoudre; l'affiche de l'instruction en gros caractères devait de plus avoir lieu dans la chambre de leurs délibérations.

11. L'article 342 du Code d'instruction criminelle reproduit, avec de très-légères variantes dans les termes, le système du Code du 3 brumaire an IV. Notons, toutefois, que le président des assises n'a plus à donner lecture de cette instruction; ce devoir incombe aujourd'hui exclusivement au chef du jury. Notons encore que dans la plupart des cas celui-ci s'affranchit de cette obligation qu'il peut ignorer de très-bonne foi, puisque son observation ne lui est pas rappelée à l'audience. Comme une inexécution de la prescription de la loi à cet égard ne peut pas être constatée, par suite du secret qui préside à toute la délibération du jury, l'omission ne peut jamais donner lieu à une ouverture à cassation.

12. Si cet article 342 devait servir seul pour la solution de la question, on pourrait trouver bien radicale, illogique même, la théorie qu'il consacre; mais l'hésitation ne serait ni longue ni difficile. Il demeurerait constant que puisque les jurés ne doivent pas penser aux dispositions des lois pénales, il est illégal de chercher à les en occuper et de vouloir leur en parler en quelque sorte sous l'attrait de la tentation du fruit défendu.

13. Ce mystère avait sa raison d'être sous le Code du 3 brumaire an IV et sous le Code d'instruction criminelle, tel qu'il fut originairement promulgué.

Sous le Code du 3 brumaire an IV comme sous la législation criminelle de 1791 qui lui avait servi de prototype, et par une réaction bien naturelle contre les anciennes peines arbitraires, les juges eux-mêmes étaient destitués de tout pouvoir de graduer la pénalité; les peines étaient fixes et invariables dans leur quotité.

Dans le Code pénal de 1810, dont la mise à exécution fut contemporaine de celle du Code d'instruction criminelle[1], on

[1] Le Code d'instruction criminelle est de 1808; le Code pénal est de 1810, et ils ont été tous deux rendus exécutoires à partir du 1er janvier 1811.

Digitized by Google

s'écarta de cette inflexibilité pour certains cas seulement. Pour les peines temporaires on accorda aux juges du grand criminel une faculté de gradation dans les limites d'un minimum et d'un maximum tous deux préfixes. Quant au jury, il continua à rester absolument étranger, en droit, à ce calcul de la culpabilité; en fait, il songea toujours au résultat final, parce que la loi pénale n'a jamais été un mystère pour personne. Aussi quand le jury trouvait la répression ultra-sévère, ou il protestait contre son application par un verdict d'acquittement pur et simple, ou il s'ingéniait, quand il le pouvait, à rejeter les circonstances aggravantes les mieux établies, et cela uniquement en vue de diminuer l'intensité de la condamnation.

14. Treize ans après la mise en vigueur du Code de 1810, on essaya d'un palliatif contre ces acquittements géminés et ces accusations trop souvent dénaturées. Pour certains crimes, pour ceux dont la répression non mitigée répugnait le plus à l'esprit du jury, une loi du 25 juin 1824 consacra l'introduction des circonstances atténuantes en matière criminelle [1]. Mais le but qu'on se proposait ne fut pas atteint; dans des idées de défiance envers le jury, l'application des circonstances atténuantes resta exclusivement dans les attributions des Cours royales. Quelque usage que les Cours pussent faire de ces circonstances atténuantes, le jury ignorait au moment du vote ce qui adviendrait ultérieurement de par l'arrêt; il était même difficile qu'on pût le lui faire pressentir en présence de la prohibition de la loi. Aussi, s'il arrivait au jury de craindre que l'infanticide du jour fût puni, ce qu'il ne voulait pas, comme le parricide ou l'assassin de grand chemin de la veille, ne pouvant faire ses affaires lui-même, il continuait à se montrer plein d'anxiété en entrevoyant l'échafaud au bout de son verdict, et conformément

[1] Il est à remarquer que cette faculté d'atténuation n'était pas donnée pour tous les crimes, mais seulement pour les crimes prévus par les articles 5 et suivants jusqu'à l'article 12 de la loi. Il est à remarquer encore qu'au cas d'infanticide la réduction de peine ne pouvait avoir lieu au profit d'aucun individu autre que la mère, et aussi que pour tous les crimes susceptibles d'atténuation, il y avait exclusion du bénéfice des dispositions nouvelles vis-à-vis de tout individu condamné précédemment, soit à une peine afflictive ou infamante, soit même à un simple emprisonnement correctionnel de plus de six mois. Il n'y avait d'exception à cette exclusion rigoureuse que pour la mère coupable d'infanticide; les circonstances atténuantes pouvaient toujours lui être appliquées.

Digitized by Google

à la pratique de ses devanciers, il se réfugiait sur le terrain toujours dangereux de l'omnipotence.

15. Le remède créé par la loi de 1824 était insuffisant; le garde des sceaux l'a reconnu lui-même, à huit ans de là, lors de la révision de 1832. C'est par ce motif qu'à cette dernière date on a opéré une véritable révolution dans le droit pénal; le législateur a fait alors des concessions très-sérieuses au jury, et il a proclamé lui-même son abdication sur certains points.

16. La réduction de beaucoup de minimums et la révision d'ensemble du Code pénal, à l'aide des enseignements puisés dans les résultats des statistiques, eussent été à coup sûr, scientifiquement parlant, un meilleur mode de satisfaire à des besoins nouveaux et d'obvier aux imperfections des lois anciennes; mais on a pris un procédé plus expéditif et certainement moins rationnel. On a considéré la généralisation des circonstances atténuantes comme un remède banal propre à corriger toutes les imperfections de la législation[1]. Comme l'a proclamé le rapporteur de la loi à la Chambre des députés (M. Dumon), on a établi dans chaque affaire un droit absolu d'atténuation du crime et de la peine; on a voulu que dans chaque procès criminel, et au regard de chaque accusé, il pût y avoir rectification de l'appréciation générale de la loi par l'appréciation raisonnée de la conscience. Les problèmes les plus ardus du droit pénal, le maintien de l'application de la peine de mort à certains crimes, qui ne sont pas toujours absolument indignes de quelque pitié, les théories de la complicité, de la tentative et de la récidive, tout cela a été abandonné au jugement du jury par le législateur démissionnaire, en sa faveur, sur tous ces points si particulièrement difficiles.

Pour remédier à une omnipotence générale sur le fond de tout procès criminel, on a fait, de propos délibéré, la part du feu; on a accordé au jury, dans chaque affaire et vis-à-vis de chaque accusé, une omnipotence spéciale au regard des circonstances atténuantes. On a proclamé bien haut que ces circonstances atténuantes, qui ne se motivent pas et qui véritablement ne sauraient être motivées, car elles seraient parfois la critique publique de la loi, pouvaient être puisées partout, mais qu'elles

[1] A toutes les améliorations ou modifications proposées au cours de la discussion, on répondait invariablement : *les circonstances atténuantes y pourvoiront*, et l'on n'entrait dans aucun détail.

Digitized by Google

pouvaient l'être notamment dans les rapports de la peine avec le crime. Depuis plus de vingt-huit ans que fonctionne le Code d'instruction criminelle revisé en 1832, aucun doute sérieux ne s'est élevé et n'a pu s'élever à cet égard.

17. Dans ces conditions il est constant que si, pour sa réponse tant sur le fait principal que sur les circonstances aggravantes, le jury ne doit pas se préoccuper de la peine, son devoir, au contraire, est de s'en occuper lorsqu'il en vient à une autre partie de sa mission, à l'examen des circonstances atténuantes. Or comme on ne scinde pas le débat, comme il roule tout ensemble sur la déclaration de l'innocence ou de la culpabilité et, dans le cas d'une réponse affirmative, sur l'éventualité de l'atténuation de la culpabilité dans chaque affaire, comme la mission du jury est aujourd'hui en partie double, c'est méconnaître l'esprit et les termes de la loi nouvelle, incorporée à titre d'accession raisonnée dans la loi ancienne, que d'interdire la discussion de la peine. Le jury peut et doit être éclairé sur la décision, en deux temps bien distincts, qu'il est appelé à rendre, et le seul moyen de l'éclairer, le bon sens l'indique, c'est de lire devant lui et d'expliquer au besoin les textes qu'il est appelé *à appliquer* (le mot n'a rien de trop), à l'heure où il doit se prononcer, arrière la présence des magistrats et du barreau, sur l'existence des circonstances atténuantes. Tenons donc pour constant qu'il peut être parlé de la peine aux jurés, tant par l'accusé ou par le défenseur qui l'assiste que par le ministère public et le président des assises.

La réforme de 1832 a abrogé virtuellement la prescription de l'article 342 du Code d'instruction criminelle, la routine seule peut essayer de le contester; mais en allant au fond des choses tout esprit sérieux reconnaîtra, à l'aide du plus simple raisonnement, que le législateur a très-nettement convié le jury à une participation à l'application de la pénalité dans chaque affaire soumise à son examen.

III.

18. Par cette modification le législateur est rentré dans la réalité; il en a fini officiellement avec une prescription puérile, chimérique et étrange même. Prescription bien étrange en effet, et qui choquera toujours tout homme de sens, que celle d'une loi qui recommandait au juré de ne pas se préoccuper de

Digitized by Google

la pénalité, ce qui signifiait en d'autres termes que la loi lui enjoignait, pendant sa magistrature momentanée, d'ignorer aujourd'hui comme magistrat ce qu'il était tenu, la veille et le lendemain, de savoir comme citoyen, puisque chez nous nul ne peut être autorisé à arguer de ce qu'il ne connaît pas la loi pénale pour se soustraire à son application.

19. En dépit de toutes les défenses de la loi, le jury a toujours connu les peines, parce que le Code pénal n'a jamais été lettre close pour personne. La loi s'est elle-même chargée, d'ailleurs, de fournir aux jurés les facilités les plus grandes pour connaître ses dispositions. Aux termes de l'article 341 du Code d'instruction criminelle, le président remet aux jurés l'acte d'accusation; or, comme cet acte se termine par l'indication des articles de la loi pénale[1] spécialement applicables au fait poursuivi, il suffit d'avoir un Code dans sa poche pour être pleinement édifié, l'acte d'accusation à la main, sur les conséquences légales du verdict qu'on est appelé à rendre.

20. La loi pouvait bien inscrire comme précepte que le jury ne connaîtrait pas le thermomètre légal sous peine de manquer à son premier devoir, mais nul n'a jamais pu se faire illusion sur la mise en pratique du précepte. La peine qui résultera de notre verdict est la chose à laquelle nous pensons toujours la première, m'ont dit souvent des jurés, et la tendance est aussi la même chez les juges en matière correctionnelle, tant elle répond à un sentiment naturel. Au surplus, déjà en 1808 M. Faure, orateur du gouvernement, reconnaissait devant le Corps législatif[2] que « les jurés, malgré l'avertissement qu'on leur donne sans cesse de ne jamais s'occuper de la peine, y pensent presque toujours. »

21. Il est même des cas où, avant comme depuis la réforme de 1832, les jurés ont eu une connaissance officielle de la loi, sans qu'il apparaisse qu'ils aient fait plus mauvaise justice dans ces circonstances. — La peine n'a assurément jamais eu un caractère impénétrable pour les jurés, lorsqu'une affaire est venue

[1] L'article 241 du Code d'instruction criminelle ne l'exige pas, mais c'est l'usage constant.

[2] Lors de la présentation des motifs du troisième projet de loi intitulé : *Code d'instruction criminelle*, titre II, livre 2.

Digitized by Google

devant eux à la suite d'une cassation[1]. Il en a été encore de même toutes les fois que le jury a eu à juger soit un contumax repris, soit le complice d'un individu ayant passé en jugement à une précédente session. — Je n'ai jamais bien saisi non plus comment on pouvait faire comprendre sans ambiguïté, au jury, l'influence d'une question d'excuse sur l'accusation originaire, sans lui dire quelque chose de la peine que la solution affirmative de la question d'excuse doit modifier si considérablement dans sa nature.

22. Mais, objecte-t-on, on ne doit pas permettre de faire un appel à la loi en en proclamant les pénalités comme pour effrayer les esprits par des rigueurs vraies ou exagérées. Cet argument, qui, sous cette forme, se trouve sous la plume d'un honorable magistrat[2], et qui est le plus gros grief qu'on fasse au système permissif de l'indication de la peine, me paraît peu solide. Si les rigueurs dont on parle sont vraies, pourquoi le jury ne le saurait-il pas aujourd'hui qu'au moyen des circonstances atténuantes il peut se faire le réformateur autorisé de toute répression qui lui paraît excessive; le devoir du jury est d'être juste, mais non pas rigoureux. Voilà pour la première hypothèse, celle des rigueurs vraies. Dans la seconde hypothèse, si les rigueurs sont exagérées par la défense, l'inconvénient n'est pas plus considérable, puisque la discussion contradictoire ou l'intervention du magistrat directeur des débats, vont permettre de faire voir immédiatement les choses sous leur véritable jour. Je ne parle que d'une exagération involontaire par suite de l'inexpérience ou d'une méprise de la défense; une exagération volontaire, possible dans le système prohibitif et gênante avec lui pour sa rectification, semble inadmissible dans le système permissif, puisqu'elle serait sans utilité par suite de la rectification publique dont elle serait immédiatement l'objet, la loi selon cette théorie ne restant plus voilée pour personne. Une pareille tentative n'amènerait donc que la confusion instantanée d'une défense déloyale.

23 Nous n'avons pas aujourd'hui, dirons-nous à certains esprits timorés et auxquels il faut aussi répondre, nous n'avons pas

[1] En pareil cas, la lecture de l'arrêt de renvoi et de l'acte d'accusation est précédée de celle de l'arrêt de la Cour de cassation qui saisit la Cour d'assises.

[2] M. de Lacuisine, *opere et loco citatis*.

Digitized by Google

dans nos Codes de ces expiations contre lesquelles se révolte la conscience publique; on n'a donc raisonnablement rien à craindre des investigations du jury en cette matière. Mais si en raisonnant par pure supposition, il arrivait qu'on déterrât une de ces expiations à contre-sens sous je ne sais quelles catacombes législatives, le jury ne se suiciderait pas en y répugnant par ses verdicts.

24. Sur la terre classique du jury en Angleterre, la législation a longtemps frappé de mort[1] *le vol d'un lièvre ou d'un lapin dans une garenne*. Qu'arrivait-il? Il arrivait que le jury n'hésitait pas à absoudre pour un délit léger si atrocement puni. — Supposons presque l'impossible, supposons qu'il se glisse par surprise une telle disposition dans notre Code répressif, dans ce cas les résultats remarqués en Angleterre se reproduiraient très-vraisemblablement chez nous, et cela avec le système permissif comme avec le système prohibitif. Rien ne peut empêcher en effet, et c'est ce qui fait la force du jury dans l'opinion, rien ne peut empêcher que des hommes qui n'exercent qu'une autorité réciproque entre eux et l'accusé ne se préoccupent pas d'une loi pénale qu'ils vont faire appliquer aujourd'hui à autrui, et dont l'application peut être le lendemain retournée contre eux-mêmes. Il en sera toujours, quoi qu'on dise et quoi qu'on fasse, invariablement ainsi dans tout pays qui, sous le rapport de l'administration de la justice du grand criminel, n'est pas divisé en deux castes, *les jugeurs et les jugés*.

Qu'on le remarque bien, au surplus, les réprobations contre une loi antipathique au sentiment national ne se sont pas moins produites à l'occasion chez les magistrats eux-mêmes que chez les jurés, et il y a à considérer que ces rebellions ont des conséquences plus graves lorsqu'elles émanent d'un corps de justice permanent que lorsqu'elles sont l'œuvre du jury. Pour ne citer

[1] Dans la seconde moitié du XVIIIe siècle, le doux et sage Pothier, qui, selon ses biographes, n'a jamais pu assister à l'exécution d'un jugement ordonnant la question (*Recherches historiques et biographiques sur Pothier*, par M. Frémont, p. 58), admettait encore la légitimité de la peine de mort contre celui qui tuait un lapin dans ce qu'on appelait *les plaisirs du roi*. Il y voyait un cas de lèse-majesté. « Car si un seigneur se tient personnellement offensé lorsque quelqu'un chasse sans sa permission sur ses terres, surtout autour de son château, à plus forte raison la majesté royale doit être censée offensée lorsque quelqu'un a la hardiesse de chasser sur ses plaisirs. » (*Traité de la procédure criminelle*, sect. 1re, art. 2, § 2.)

Digitized by Google

qu'un exemple de ces insurrections judiciaires, qui ne sait que les Cours royales n'ont pas été moins réfractaires aux procès dits de tendance que les jurys d'alors à l'application de la loi sur le sacrilége, ballon d'essai maladroitement lancé pour ramener aux errements du vieux temps une nation religieuse, mais tolérante ?

25. En conclusion sur le point plus spécialement traité dans ce paragraphe, nous dirons à ceux qui soutiennent qu'en parlant de la peine au jury on introduit le droit dans le fait, qu'ils énoncent une vérité vraie, mais qu'on ne peut critiquer ce système sans critiquer la loi elle-même dont il est l'œuvre. C'est la loi qui a donné là-dessus carte blanche au jury en le chargeant d'une révision du Code dans chaque cas particulier et en l'autorisant à s'écarter de la répression ordinaire toutes les fois que sa conscience est disposée à murmurer contre son inflexibilité.

26. A ceux qui objectent qu'en parlant de la peine aux jurés on peut agir sur leur cœur et en faire ainsi des juges d'émotion, nous répondrons, avec la loi encore, qu'ils confondent les époques et qu'ils raisonnent comme si la réforme de 1832 n'existait pas; or le changement d'alors a été assez notable pour qu'il en soit pourtant fait état. L'émotion continue à être interdite au jury dans l'appréciation du fait, mais la loi le convie elle-même à ce mouvement du cœur dans la seconde phase de sa délibération, lorsque l'accusé étant déclaré coupable on en vient à apprécier s'il y a ou non une atténuation de possible; alors le jury est appelé à considérer tout ensemble la peine et l'accusé. L'objection tirée de l'émotion, comme celle tirée de la confusion du fait et du droit, est donc une objection surannée, rétrospective et sans application actuelle.

27. A ceux enfin qui objectent que par suite de la division des pouvoirs dans le procès criminel, c'est à la Cour seule, après la déclaration de culpabilité[1], qu'il peut être parlé de la peine

[1] C'est le principal motif de l'arrêt de la Cour de cassation du 25 mars 1836 : « Attendu, en droit, qu'il résulte de la combinaison des articles 342 et 363 du Code d'instruction criminelle et du principe de la division des pouvoirs entre le jury et les Cours d'assises, que le jury ne doit pas se préoccuper des circonstances légales des faits par lui reconnus et constatés; que la discussion relative à ce point ne peut, aux termes du second de ces articles, être soulevée par l'accusé, son conseil ou le ministère public, qu'après la lecture de la déclaration du jury. »

Digitized by Google

(art. 363 C. inst. crim.), la réponse à faire est en quelque sorte plus facile encore. Cette discussion tardive, à l'adresse de la Cour seule, ne peut plus éclairer le jury qui l'entend *in extrémis*, alors que son office est terminé, quoique de fait il reste généralement encore sur son siége, et c'est au jury en fonctions, on l'oublie trop, que doit aller l'enseignement en cette matière, puisque autrement, par une contradiction inconcevable, il aurait bien le droit d'amender la loi, mais pas celui de la connaître.

La disposition de l'article 363 s'explique historiquement; le texte de cet article est resté tel qu'il était dans le Code de 1808; or à cette époque la Cour elle-même n'avait pas la faculté de substituer une peine à une autre, cette faculté ne lui ayant été donnée qu'en 1824, et encore pour certains cas seulement. Parler de la peine, dans les termes de l'article 363, c'était donc, selon la pensée originaire du législateur, pouvoir dire uniquement, au cas où le ministère public requérait telle durée d'une peine, qu'il y avait lieu d'appliquer telle autre durée de la même peine. Or, qu'est-ce que cela a de commun avec la faculté indéfinie de correction de la loi, bien et dûment accordée au jury par le législateur de 1832?

IV.

28. Il n'y a, selon nous, aucun inconvénient dans la théorie qui ne demande pas au jury une renonciation impossible, de l'aveu de tous, à ses sentiments les plus naturels et les plus invincibles; mais il y a plus, cette théorie nous paraît féconde en avantages.

29. Les jurés, chacun le reconnaît, s'occupent toujours de la peine et s'en sont toujours occupés, car ils n'ont jamais compris cette pensée par trop métaphysique de l'article 342 du Code d'instruction criminelle, que leur mission n'a pas pour objet *la punition des délits;* ils se sont toujours figuré tout simplement, au contraire, qu'on ne les appelait que dans la vue de punir les criminels. Quoi qu'il en soit de leur préoccupation à cet égard, les jurés peuvent se tromper dans leur étude superficielle de notre législation. Les hommes qui ont quelque pratique des affaires criminelles savent que maintes fois les jurés croient moins sévère qu'elle ne l'est la peine qui va être appli-

Digitized by Google

quée par suite de leur déclaration. Il est facile d'en donner des exemples.

30. L'attentat à la pudeur avec violence est puni de la reclusion; le viol, attentat plus grave, est puni des travaux forcés à temps [1]; tout juré sait cela au bout de quelques jours de session. Tout juré comprend aussi, sans trop de difficulté, que lorsque l'agent du délit a autorité sur la personne victime de l'attentat ou du viol, lorsqu'il est par exemple son maître ou son ascendant, la pénalité, à raison de cette circonstance aggravante, doit tout naturellement et très-légitimement s'augmenter; mais ce qu'on comprendra peut-être moins bien, c'est l'assimilation absolue, dans les deux hypothèses, du crime moindre au crime plus considérable, c'est l'élévation uniforme dans les deux cas de la répression qui, s'il y a la circonstance aggravante de l'autorité, édicte invariablement la peine des travaux forcés à perpétuité pour l'attentat à la pudeur comme pour le viol lui-même [2]. Est-ce une méprise du législateur qui, par un renvoi trop sommaire, a fait rentrer sous un même niveau, au cas de la circonstance aggravante d'autorité, deux faits qui sembleraient devoir amener vis-à-vis de leurs auteurs une différence dans les imputabilités? C'est là un point que je n'ai point à examiner dans le présent travail. Ce que je veux faire remarquer uniquement, c'est qu'en semblable matière le juré le plus éclairé peut être égaré ou par son raisonnement ou par ses souvenirs de la veille, croire par exemple que l'attentat ainsi qualifié n'est puni que des travaux forcés à temps, tandis que les travaux forcés à perpétuité seraient tenus en réserve pour le viol seul lorsqu'il serait ainsi aggravé [3], puis, son verdict souverainement rendu, se montrer effrayé en enten-

[1] V. les alinéa 1 et 3 de l'article 332 du Code pénal.

[2] Combiner l'article 333 du Code pénal avec les alinéa 1 et 3 de l'article précédent.

[3] Le juré serait d'autant plus excusable de le penser ainsi qu'il en est différemment dans d'autres législations. En Belgique, notamment, il a été dans ces derniers temps, présenté une loi qui différencie les deux pénalités. Aux termes de l'article 437 du projet du nouveau Code pénal, au cas d'attentat ou de viol par des personnes de la classe de celles qui ont autorité sur la victime, on ne prononce dans le premier cas que la peine de l'attentat, et dans le second que celle du viol; seulement on applique alors, dans ces deux hypothèses, le maximum de la peine spéciale à chaque nature de ces crimes.

Digitized by Google

dant prononcer, pour un simple attentat par un maître sur une domestique adulte, une condamnation aux travaux forcés à perpétuité.

31. Le juré serait encore tout autrement effrayé s'il entendait condamner à la peine de mort le maître qui se serait rendu auteur d'un attentat à la pudeur avec violence, simplement tenté, sur la personne d'un de ses serviteurs de l'un ou de l'autre sexe. C'est cependant le résultat qui serait infailliblement atteint, par suite de l'application de la récidive, si ce maître avait été condamné antérieurement pour autre fait à la peine des travaux forcés à perpétuité, et cela soit qu'une grâce précédente lui eût fait remise de tout ou partie de sa peine, soit qu'il se fût soustrait à toute exécution en s'assurant le bénéfice de la prescription[1]. Quoi qu'il en soit à cet égard, pourquoi imposer au jury la consternation d'un verdict qui peut le troubler dans l'accomplissement ultérieur de sa tâche?

32. A l'inverse, des jurés insuffisamment versés dans la connaissance des textes juridiques croiront la loi plus sévère qu'elle ne l'est. Ils se figureront, je le suppose, que le meurtrier qui, de sens rassis, mais sans préméditation pourtant, a versé le sang humain, surtout s'il s'agit d'un de ses proches parents, comme son frère, ou de sa femme, doit être puni de la peine du talion dans l'économie du Code pénal. Ils se figureront peut-être plus aisément encore que trois ou quatre meurtres, même s'ils sont séparés par des traits de temps, les empêchant de rentrer sous l'application du § 1er de l'article 304 du Code pénal[2], doivent être, dans leur pluralité, plus punis qu'un meurtre unique. Dans ces deux cas, les jurés admettront des circonstances atténuantes, uniquement parce qu'ils croiront qu'il n'y a pas lieu de faire tomber la tête du coupable, qui n'était pourtant pas en danger, puisque chacun de ses méfaits restait au-dessous de cette extrême expiation, et voilà que de par le verdict il n'encourra qu'une condamnation aux travaux forcés à

[1] Rapprocher les articles 332, alinéa 3, et 333 du Code pénal de l'article 56, alinéa 7, du même Code.

[2] Aux termes de l'article 304 du Code pénal, le meurtre emporte la peine de mort, au lieu de celle des travaux forcés à perpétuité, lorsqu'il a précédé, accompagné ou suivi un autre crime; mais, pour qu'il y ait lieu à application de l'aggravation, il importe qu'il n'y ait pas entre les deux méfaits une séparation de temps dont le jury est juge dans chaque affaire; une définition eût été dangereuse en cette matière, il est facile de le comprendre.

Digitized by Google

temps. Quel est le juré qui ne regrettera pas alors vivement l'atténuation dont il aura fait bénéficier un pareil criminel?

33. Les jurés peuvent croire encore (et ce fait de leur part, pour moi, n'est pas sans exemple) qu'indépendamment de toute mention de circonstances atténuantes dans leur verdict, un mineur de seize à vingt et un ans, surtout pour les deux ou trois premières années s'éloignant le plus de la majorité légale, est puni moins sévèrement qu'un majeur, et ils seraient d'autant plus autorisés à le penser qu'il existe à cet égard des dispositions particulières dans plusieurs de nos Codes modernes.

Le Code pénal espagnol [1] dispose (art. 9-20) que jusqu'à dix-huit ans l'âge de l'inculpé lui attire *de droit* le bénéfice des circonstances atténuantes. — En changeant la limite d'âge, le Code pénal autrichien dispose également, dans son article 39, que « les circonstances atténuantes relativement à la personne sont les suivantes :

« 1° Si le coupable n'a pas accompli ses vingt ans..... »

Enfin le Code pénal brésilien statue, article 18 :

« Il y a circonstances atténuantes pour les crimes :.....

« 10° Quand le délinquant est mineur de vingt et un ans. »

La loi française n'a pas tenu compte de ces détails d'âge, mais pourquoi le jury ne saurait-il pas, au cas où l'accusé a eu seize ans juste au jour du crime, que s'il l'avait commis la veille, c'est-à-dire à quinze ans onze mois et vingt-neuf jours, il n'eût encouru qu'une répression tout à fait amoindrie, et qu'il n'eût probablement pas été justiciable de la Cour d'assises [2]. — Les solutions législatives en cette matière ne peuvent pas non plus être lettre close pour le jury, qu'on exposerait autrement à des méprises irréparables, car la grâce elle-même n'opère jamais une *restitutio in integrum*, puisqu'elle n'empêche pas de retenir la condamnation, spécialement en ce qui concerne l'application des peines de la récidive.

34. Les erreurs de ces diverses catégories, erreurs préjudi-

[1] V. les judicieuses observations de MM. Laget-Valdeson et Louis Laget, pages 87 et 88, dans leur *Théorie du Code pénal espagnol comparée avec la législation française*.

[2] En dehors de certains crimes politiques auxquels il sera bien rare qu'un prévenu de cet âge ait pris part, le mineur de seize ans, sans complices présents au-dessus de cet âge, n'est justiciable de la Cour d'assises que si le fait relevé à sa charge emporte vis-à-vis d'un majeur, soit la peine de mort, soit celle des travaux forcés à perpétuité (art. 68 du Code pénal).

Digitized by Google

ciables, selon les cas, soit à l'accusé, soit à l'intérêt social, seront évitées par la connaissance de la loi pénale acquise préalablement au verdict, et elles ne peuvent pas l'être autrement. Excluons donc une bonne fois de nos débats criminels ces dangereux sous-entendus qui exposent les jurés à punir ou trop fort ou trop peu.

35. Le système permissif de l'indication de la peine présente encore un avantage particulier, par suite du mode habituel de votation des circonstances atténuantes, mode abréviatif, mais incontestablement vicieux toutes les fois que l'accusation ne se réduit pas à un objet unique. Je m'explique. On sait qu'en général le jury se borne à déclarer, après sa réponse sur les questions qui lui ont été posées, qu'il y a des circonstances atténuantes en faveur de l'accusé, et que lorsqu'il existe plusieurs chefs d'accusation, un faux et un vol qualifié par exemple, il n'est pas nécessaire, du moins dans la jurisprudence pratique, que les jurés se prononcent sur l'existence des circonstances atténuantes par autant de déclarations qu'il y a de chefs d'accusation. Les circonstances atténuantes sont accordées ou refusées sur l'ensemble des accusations par un seul et même vote. Cette manière de concéder les circonstances atténuantes en bloc peut fausser, dans plus d'un cas, l'opinion de la majorité, et il peut en résulter que les circonstances atténuantes soient en réalité l'œuvre de deux ou plusieurs minorités; il est facile de le démontrer. Lors du vote final et indéterminé, quatre jurés, dans la supposition d'un faux et d'un vol, atténuent le faux; trois autres atténuent le vol, et voilà bel et bien un verdict d'atténuation, planant sur les deux accusations au moyen de la récapitulation de deux minorités. On le voit, dans le système qui a cours, plus il y a de chefs d'accusation, plus il y a de chances pour l'accusé d'obtenir une déclaration de circonstances atténuantes.

Il se peut aussi dans le même système qu'on tienne finalement compte, dans l'application de la loi, d'une déclaration de circonstances atténuantes, œuvre de la majorité, mais qui, si elle eût été limitée au fait auquel elle se réfère, serait restée sans effet, l'autre fait d'égale pénalité n'ayant pas été atténué. Dans ce cas une déclaration divisée de circonstances atténuantes pourrait éclairer officieusement la Cour, sans la lier en aucune façon lors de la fixation de la peine; mais voilà que

Digitized by Google

dans sa forme collective cette déclaration va amener forcément une substitution d'une pénalité à une autre, parce qu'on a omis de spécifier qu'elle ne s'appliquait qu'à un des deux ou trois vols faisant l'objet d'une multiple accusation.

Tant est grande, au surplus, l'autorité des précédents, que dernièrement, au chef-lieu d'une Cour impériale, un officier du ministère public demandait à la Cour d'assises le renvoi du jury dans la chambre de ses délibérations, pour rectifier son verdict, et cela parce qu'il avait opéré d'une façon plus analytique et plus judicieuse qu'on ne le fait d'habitude, en spécifiant quel était celui des chefs de l'accusation auquel il entendait restreindre sa concession de circonstances atténuantes. La Cour d'assises, mieux éclairée sur la question, décida qu'il n'y avait pas lieu de faire droit à la réquisition du ministère public et que le verdict du jury tiendrait restreint comme il était [1].

Quoi qu'il en soit, avec le mode actuellement en usage pour le vote des circonstances atténuantes, il est constant qu'elles sont parfois accordées, au cas d'accusations complexes, uniquement parce que le jury ne connaît pas la loi pénale, et notamment parce qu'il ignore généralement la règle arbitraire [2] de notre droit positif, relativement au non-cumul des peines (art. 365, alinéa 2, du Code d'instruction criminelle).

Nous ne terminerons pas sur ce point sans faire remarquer que l'avertissement donné aux jurés par les présidents d'assises, et reproduit dans les formules des Manuels, conduit d'une façon presque nécessaire à la pratique vicieuse actuelle, pratique qui ne donne pas l'opinion vraie du jury sur chacun des faits à lui soumis, et qui contre son gré, par suite de combinaisons de la pénalité qui lui échappent, peut faire fléchir la répression dans des cas où l'intention de la majorité des jurés est de la maintenir intacte. Pour éviter ce sérieux inconvénient, auquel on n'a pas du tout songé lors de la révision si précipitée de la loi pénale en 1832, le remède serait bien simple, et il ne serait même pas besoin d'aucun secours législatif; le texte du Code restant tel qu'il est, il suffirait que les jurés fussent avertis par

[1] Cour d'assises des Bouches-du-Rhône, audience du 31 août 1860. V. la *Gazette des tribunaux* du 5 septembre 1860.

[2] Je l'appelle arbitraire parce qu'elle ne se rencontre pas dans toutes les législations. Tant que les peines sont restées arbitraires en France, cette règle n'avait pas non plus d'application chez nous.

Digitized by Google

le président des assises que la question des circonstances atténuantes doit être posée, par leur chef, à la suite de chacune des parties principales de l'accusation qui seraient par eux résolues affirmativement. — J'ai à peine besoin de faire remarquer que la jurisprudence de la Cour de cassation, qui tolère l'usage sommaire actuel, valide pleinement aussi l'autre mode de procéder [1], le seul qui soit vraiment satisfaisant et qui permette aux juges, dans des accusations collectives, de s'associer dans l'application plus ou moins intense de la loi, à la manifestation de la véritable pensée du jury.

36. Ici s'arrêtent les observations de détails que nous avions à présenter sur la question qui fait l'objet de notre dissertation. Nous résumant maintenant sur l'ensemble de ce travail, nous dirons que quiconque ne veut pas l'impossible, que quiconque reconnaît qu'on ne peut pas *déshumaniser* le jury et est disposé à souscrire à la pensée si clairement manifestée par le législateur, se rendra à l'opinion que nous avons émise ici, après d'autres, sur la faculté pour tout le monde, dans le débat criminel, de parler de la peine au jury et d'en parler sincèrement, librement, sans circonlocutions, en rejetant de prétendues habiletés de langage, gênantes pour ceux qui les emploient et indignes par leur puérile transparence d'être plus longtemps à l'ordre du jour dans nos Cours criminelles.

37. On pourrait s'étonner que depuis vingt-huit ans il y eût encore à lutter pour le triomphe d'une vérité si tangible ; mais il ne faut pas oublier, comme l'a écrit un auteur [2] qui a quitté pour le monde politique le monde juridique où il avait marqué ses débuts par de fortes études, « que les hommes de pratique sont en général peu amateurs des réformes ;..... que l'habitude et une longue pratique finissent par nous familiariser tellement avec les objets, que nous cessons d'en apercevoir les difformités les plus saillantes. » Oui, mais tôt ou tard ce qui est vrai en droit finit par être reconnu tel, et l'on ne prescrit pas contre la revendication de la vérité.

38. Si donc le droit de parler de la peine est contesté ou entravé, que des conclusions soient prises par la partie intéressée et que la question, trop longtemps indécise, soit portée à la Cour de cassation, la chose en vaut la peine. Dans notre sénat juri-

[1] Crim. cass., 30 décembre 1841, et Crim. rej., 8 juin 1843.
[2] *Traité des actions*, par M. Bonjean, tome Ier, page 209.

Digitized by Google

dique on trouverait pour résoudre la difficulté un personnel à peu près totalement renouvelé depuis 1836, et des magistrats dont quelques-uns ont fait partie de cette pléiade de présidents d'assises, qualifiés *les plus éclairés* (le mot, on le sait, est de M. Faustin Hélie [1]), qui ont, dans la direction des débats criminels, laissé parler librement de la peine devant le jury; avec leur concours on devra assurer le triomphe d'une nouvelle conquête pour la bonne administration de la justice criminelle. Il y va de l'intérêt général que la loi soit connue de tous, et que la lumière juridique dans les débats criminels ne soit pas condamnée à demeurer sous le boisseau; la doctrine soutient cette thèse depuis longtemps, que la pratique la proclame une bonne fois à son tour, et le pont sera fait. Le Code nouveau [2] aura trouvé ce jour-là ses modernes et véritables interprètes.

EUG. PARINGAULT.

DU JURY.

DE LA POSITION DES QUESTIONS AU JURY EN MATIÈRE CRIMINELLE.

Par M. Th. BAZOT,
docteur en droit, substitut du procureur impérial à Angoulême.

DEUXIÈME ARTICLE [3].

§ 2. — *Questions résultant des débats.*

Les questions posées au jury doivent se rattacher exclusivement à l'accusation portée contre l'accusé; les principes généraux et la raison, à défaut d'un texte formel, indiquent que l'objet de cette accusation ne doit pas être changé. En effet, la procédure criminelle suit des phases nécessaires; dans l'origine

[1] Nous l'avons déjà cité plus haut, n° 7.

[2] « L'introduction dans le Code pénal du système des circonstances atténuantes *équivaut*, pour ainsi dire, *seule à un Code nouveau*, » lit-on dans les motifs du projet belge de 1834 sur le système des circonstances atténuantes V. page 121 de l'ouvrage connu sous le titre d'*Étude de législation pénale comparée*, par M. Haus).

[3] V. la *Revue critique*, t. XVII, p. 559.

Digitized by Google

une information minutieuse faite à charge et à décharge recherche la manifestation de la vérité; le juge d'instruction d'abord, la chambre des mises en accusation ensuite apprécient, soit contre l'accusé, soit en sa faveur, les résultats de cette procédure préliminaire. Pendant tout le cours de l'information, l'accusé est mis à même de se défendre, et, si les moyens qu'il fait valoir ne sont accueillis ni par le juge d'instruction ni par la chambre des mises en accusation, il peut porter son recours jusqu'à la Cour de cassation. Ces garanties sont précieuses, et l'accusé ne saurait en être privé. Or on comprend qu'elles lui feraient absolument défaut si le président des assises s'éloignant de l'acte d'accusation pouvait interroger le jury sur tous les faits nouveaux révélés par les débats. Mais si les droits de la défense sont sacrés, ceux de la société qui accuse ne doivent pas être sacrifiés à des considérations exclusives; or l'accusation, sans changer absolument, peut être plus ou moins modifiée dans ses circonstances accidentelles. Alors si le président des assises ne devait tenir aucun compte de ces modifications pour rester exclusivement attaché à une accusation devenue sans objet, on imprimerait, dans certains cas, un affaiblissement sans remède à la répression, on procurerait à l'accusé coupable l'impunité peut-être, certainement le bénéfice immérité d'une diminution de peine; dans d'autres cas, en repoussant certaines atténuations établies par les débats pour maintenir le titre d'une accusation détruite, on mettrait le jury dans la triste alternative d'un acquittement scandaleux ou d'une condamnation excessive.

Le législateur a cherché à conjurer ce double danger, mais il a formulé sa pensée dans l'article 338 d'une manière si laconique et si incomplète que, s'il fallait s'arrêter aux expressions littérales de cette disposition, les inconvénients dont j'ai parlé subsisteraient en partie. La jurisprudence et la doctrine éclairées par l'expérience des faits ont essayé de produire un système plus complet, mais, avant d'examiner l'extension donnée par les auteurs et les arrêts à l'article 338, il est nécessaire de présenter le commentaire de cette disposition, et c'est seulement après avoir montré son insuffisance que nous apprécierons le complément qui lui est apporté par l'interprétation.

L'article 338 du Code d'instruction criminelle est ainsi conçu: « S'il résulte des débats *une ou plusieurs circonstances aggra-*

Digitized by Google

« *vantes*, non mentionnées dans l'acte d'accusation, le prési-
« dent ajoutera la question suivante : l'accusé a-t-il commis le
« crime avec telle ou telle circonstance? » Le sens de cette disposition paraît évident : si les débats établissent un fait nouveau, qui, sans changer le caractère du crime, aura seulement pour effet de l'aggraver, le président des assises pourra, sans instruction préalable, interroger les jurés sur ce fait. Une application non douteuse de ce principe est la suivante : N..... est accusé de vol sur un chemin public; mais les débats révèlent que *ce vol a été commis la nuit, et que N..... était porteur d'armes apparentes*. Ces deux dernières circonstances laissent à l'infraction le caractère de vol, et n'ont d'influence que sur la peine; ce sont des circonstances *aggravantes*, et le président des assises pourra, bien qu'elles ne soient pas mentionnées dans l'acte d'accusation, en faire l'objet de deux questions nouvelles.

Mais la situation faite par les débats ne sera pas toujours aussi simple, et voici des hypothèses plus délicates : N..... est accusé de meurtre; les débats établissent que ce meurtre a été commis avec préméditation; cette circonstance doit-elle être considérée comme aggravante du meurtre ou comme constitutive d'un crime différent, l'*assassinat?* N..... est accusé de meurtre; les débats établissent que le meurtrier est fils de la victime; cette circonstance sera-t-elle considérée comme aggravante du meurtre ou comme constitutive d'un crime spécial, le *parricide?*

Les criminalistes qui ont examiné ces deux points ont été généralement d'accord pour en subordonner la solution à des règles établies *à priori* sur la distinction des circonstances *constitutives* et *aggravantes;* en reconnaissant ce lien de subordination, ces auteurs me paraissent avoir beaucoup augmenté la difficulté. Que faut-il entendre par circonstance *constitutive* et par circonstance *aggravante?* Cette question posée d'une manière générale a été fort diversement résolue par la jurisprudence et la doctrine.

M. Morin, voulant poser à cet égard une règle théorique, s'exprime en ces termes : « En principe la circonstance consti-
« tutive est celle qui forme un des éléments nécessaires du
« fait incriminé, celle sans laquelle ce fait échapperait à toute
« répression; la circonstance aggravante est celle qui, sans
« être nécessaire pour la criminalité du fait qu'elle accom-

Digitized by Google

« pagne, et quoique non susceptible de constituer à elle seule « un délit, devient par sa concomitance une cause d'aggravation « du fait délictueux. »

Puis le savant auteur du Répertoire passant en revue un certain nombre d'applications, décide que la préméditation est une circonstance aggravante du meurtre, et que la filiation a le même caractère relativement au parricide. Ces solutions sont en effet parfaitement d'accord avec la définition : qu'on fasse abstraction soit de la circonstance de préméditation, soit de la filiation, il restera, dans l'un et l'autre cas, un fait punissable qualifié meurtre par la loi.

Mais ne pourrait-on pas objecter contre cette définition que les caractères indiqués par M. Morin serviront à distinguer les infractions punissables des simples atteintes portées à la loi morale, mais qu'ils ne permettront pas de distinguer, les uns des autres, les divers crimes prévus et punis par notre législation. En effet, si une circonstance fait que l'acte qu'elle accompagne soit atteint par la loi pénale, il sera vrai de dire qu'elle est *constitutive*, en ce sens qu'elle constitue une infraction punissable; mais le nombre des infractions punissables étant considérable, il reste encore à savoir si elle est *constitutive* de tel crime plutôt que de tel autre.

M. Grellet-Dumazeau (*Revue de législation*, année 1852, p. 343 et suiv.) a partagé l'opinion de l'auteur du Répertoire, mais il l'a défendue à l'aide d'une argumentation nouvelle dont je reproduis la substance : « Le parricide, suivant l'article 299 du « Code pénal, est *le* MEURTRE *des pères ou mères légitimes, natu-* « *rels ou adoptifs, ou de tout autre ascendant légitime.* Ainsi ce « crime est un *meurtre*, voilà son genre; c'est le meurtre d'un « père par son fils, voilà son espèce. En effet, notre Code « abordant le chapitre des crimes capitaux contre les personnes, « pose comme type de cet ordre d'infractions l'homicide com- « mis avec l'intention de donner la mort, et il le qualifie « *meurtre.* Vient ensuite le meurtre aggravé par des circon- « stances tirées soit d'un plus haut degré de perversité de « l'agent (meurtre avec préméditation, *assassinat*), soit de la « qualité de la victime (meurtre d'un père, *parricide*), soit de « son âge (meurtre d'un enfant nouveau-né, *infanticide*), soit « de la nature de l'instrument (meurtre à l'aide de substances « vénéneuses, *empoisonnement*)..... De ce qui précède il faut

Digitized by Google

« rigoureusement conclure que le parricide n'est un crime « spécial que relativement au genre d'une infraction *mère*, et « qu'il n'en reste pas moins formé d'un meurtre et d'une cir- « constance aggravante, laquelle confère seule à ce meurtre « une dénomination particulière. »

On peut d'abord opposer à l'honorable M. Grellet-Dumazeau ses propres hésitations : après avoir soutenu pour l'infanticide et l'empoisonnement la même relation de l'espèce au genre que pour l'assassinat et le parricide, il s'arrête, quant au premier, devant un usage reçu dans la pratique, et, quant au second, il reconnaît qu'il se compose d'un fait unique dont tous les éléments sont constitutifs. Mais ensuite il est permis d'élever quelques doutes sur l'exactitude des principes posés par le savant magistrat : il y a en effet, entre certaines infractions, une très-grande affinité et, pour ainsi dire, des traits de famille; il est facile de remarquer cette sorte de parenté dans diverses sections du Code pénal. Or cette connexité est-elle plus apparente et plus étroite dans la section 1re du chapitre 1 du titre 2 que dans les autres? Ne pourrait-on pas, partout ailleurs et au même titre, établir des rapprochements analogues? On dira que le législateur, dans les articles 296, 299 et 300, a pris soin d'établir la relation en répétant à chaque fois le terme générique de meurtre; mais on peut répondre qu'il a adopté une qualification spéciale pour chacun des trois crimes précités, et que par là il en a fait des crimes complétement distincts du meurtre, car nulle part dans le Code pénal on ne voit de crime changer de dénomination par l'annexion d'une circonstance aggravante. Si, dans les articles 296, 299 et 300, l'expression de *meurtre* est rappelée, n'est-ce pas uniquement pour faciliter la définition du nouveau crime?

Ces idées que je viens de présenter en dernier lieu ont été enseignées par M. Rauter. Dans son *Traité du droit criminel*, le savant professeur s'exprime de la manière suivante : « Dans « l'assassinat le *fait principal* n'est pas l'acte de tuer; cet acte « n'est qu'un des éléments du fait principal, lequel est un fait « complexe; pour que le fait principal de l'assassinat existe, il « faut qu'à l'acte de tuer soit joint le guet-apens ou la prémé- « ditation..... Dans le crime de parricide, le fait principal se « compose de trois éléments, savoir : le meurtre, la volonté de « le commettre, *la filiation qui fait que la victime est le père du*

Digitized by Google

« *meurtrier*. Cette théorie se justifie par la loi elle-même. La « loi, en spécifiant les délits, a pris une voie moyenne; elle « n'est pas restée dans les généralités; elle ne s'est pas con- « tentée d'incriminer en général les délits contre les personnes, « leur vie ou leur honneur, ou les délits contre les propriétés, « leur conservation et leur possession; elle n'a pas non plus « subdivisé à l'infini ces sortes d'infractions. Lors donc qu'elle « a qualifié crime ou délit telle action, elle a circonscrit l'exa- « men du juge dans la définition qu'elle a donnée de cette « action, et c'est selon cette définition qu'il faut déterminer « quel est le fait principal du délit qu'elle incrimine. Ainsi elle « a qualifié expressément des divers noms de *meurtre*, d'*assas- « sinat*, de *parricide* différents homicides, et elle a prononcé « contre ces crimes des peines différentes; mais elle a qualifié « du même terme de vol un grand nombre d'actes, et, si elle « les a punis aussi de peines différentes, c'est à raison de cer- « taines circonstances aggravantes définies par elle, mais qu'elle « n'a pas regardées comme de nature à changer le fait du vol « même de manière à en faire un crime nouveau. »

Le système d'interprétation proposé par M. Rauter est donc directement opposé à celui qui a été présenté par MM. Morin et Grellet-Dumazeau. La jurisprudence a consacré une théorie intermédiaire : avec MM. Morin et Grellet-Dumazeau elle considère l'assassinat comme étant un meurtre aggravé par la circonstance de préméditation, mais elle reconnaît avec M. Rauter le caractère de crimes distincts et spéciaux au parricide et à l'infanticide. Cette distinction, il faut bien le dire, ne repose sur aucun motif juridique, et les deux propositions dont elle se compose s'entre-détruisent. Décider que la préméditation, dans l'assassinat, est une circonstance *aggravante*, c'est poser une prémisse qui doit engendrer une conséquence identique pour la circonstance de filiation à l'égard du parricide et d'âge à l'égard de l'infanticide, car les uns et les autres figurent au même titre dans les articles 296, 299 et 300. (V. cass., 22 pluviôse et 22 germinal an VII, 23 mars 1813, 15 juillet 1830, 13 juillet 1837, 31 mai 1838, 4 août 1843 [assassinat]; cass., 5 avril 1838, 4 et 16 avril 1840, 16 juillet 1842, 19 avril 1844 [parricide et infanticide]).

Ainsi que cela résulte de cette rapide analyse, le Code pénal ne contient pas, sur la distinction des circonstances aggra-

Digitized by Google

vantes et constitutives, de règles fixes, et la doctrine et la jurisprudence ne sont pas d'accord pour déterminer les éléments d'une théorie générale à cet égard. Je ne veux pas creuser davantage cette difficulté, car cette insistance serait sans profit pour le sujet que je traite; l'exposé qui précède doit suffire pour démontrer que les questions que j'ai posées sur l'article 338 n'y trouveraient pas des moyens de solution faciles et incontestés.

Que dans un intérêt doctrinal on établisse avec soin la distinction des circonstances constitutives et aggravantes, en apportant dans cette analyse une rigueur scientifique, je le comprends; qu'on s'attache à ces nuances théoriques, lorsqu'il s'agit d'apprécier l'exactitude d'une qualification, je le conçois à merveille; mais ici ces préoccupations ne doivent pas exercer le même empire, car il s'agit de formuler une règle essentiellement pratique. M. Rauter, ce criminaliste si exact, l'a fort bien compris, car, dans le passage de son livre que nous avons rapporté et où il enseigne les principes avec l'inflexibilité des déductions scientifiques, il ajoute : » Nous n'entendons point « du reste ici rien décider relativement à l'instruction crimi- « nelle, nous réservant d'examiner en son temps l'application « de ces principes au mode de jugement des crimes et des « délits. » Malheureusement cette réserve semble avoir été perdue de vue par le savant professeur, car, dans la suite de son ouvrage, on ne trouve pas la trace du tempérament qu'il avait fait pressentir. Soyons plus explicites :

La difficulté que j'examine sera, je crois, plus aisément résolue, si d'une part on se rappelle le caractère général des attributions du jury, et si d'autre part on se pénètre de l'esprit qui a inspiré l'article 338 du Code d'instruction criminelle. Rend-on le jury juge de la qualification, il semble bien qu'à une accusation de meurtre substituer une accusation d'assassinat ou de parricide, ce soit substituer une accusation à une autre; mais, si on ne le fait juge que des éléments matériels, les choses paraîtront toutes différentes. Le fait spécifié dans l'arrêt de renvoi peut être plus ou moins modifié par les débats. Il peut arriver que les débats révèlent un fait nouveau, sans rapport avec le précédent, complet en lui-même, et constituant à lui seul une infraction punissable, ou bien qu'ils fassent connaître un fait nouveau ayant avec l'objet de l'accusation une

Digitized by Google

étroite connexité, incomplet s'il est considéré isolément, et formant, s'il est rapproché du fait qui sert de base à l'accusation, une circonstance, une modalité du fait primitif. Or, dans la première hypothèse, interroger le jury sur le fait nouveau, ce serait supprimer, au détriment de l'accusé, des garanties essentielles; le négliger ce n'est pas désarmer la société, car, puisque ce fait a une individualité qui lui est propre, le ministère public pourra en faire l'objet d'une poursuite séparée. Dans la seconde hypothèse la situation n'est plus la même : le fait nouveau venant s'incorporer avec le fait objet de l'accusation, et formant un élément circonstanciel de celui-ci, l'accusation n'est pas changée, et elle se présente devant la Cour d'assises dans des conditions régulières et avec toutes les garanties de la procédure préliminaire. En interrogeant le jury sur ce fait, on ne cause à l'accusé aucun grief. Si au contraire on le passait sous silence, la société éprouverait un préjudice irréparable. En effet, cette circonstance prise isolément ne constituant ni crime ni délit, ne saurait faire l'objet d'une poursuite distincte; la répression subirait ainsi une défaillance sans remède.

Voilà à ce qu'il me semble, en dehors de toute règle doctrinale, des principes fondés sur la nature même des choses; faisons-en maintenant l'application aux espèces que nous avons rapportées :

N..... est accusé d'avoir volontairement donné la mort par un coup de feu à D.....; les débats apprennent que, plusieurs heures avant le crime, N..... était allé, armé d'un fusil, attendre sa victime à l'endroit où elle est tombée mortellement frappée. Ce guet-apens est moins un *fait nouveau* qu'une *circonstance nouvelle;* les éléments matériels qui servaient de base à l'accusation ne sont pas *changés,* mais simplement *modifiés.* N..... était accusé d'avoir volontairement donné la mort à D.....; maintenant il sera accusé d'avoir volontairement donné la mort à D....., *après l'avoir attendu pendant un certain temps à l'endroit que celui-ci devait traverser.* Cette circonstance, qui exerce une légitime influence sur la peine, doit, de toute nécessité, être soumise à l'appréciation du jury, car, si elle ne faisait pas l'objet d'une question accessoire, ce serait consacrer en ce point l'impunité de l'accusé. Le guet-apens, sans un fait principal auquel il se rattache, n'est pas punissable; ajourner l'action

Digitized by Google

publique, ce serait donc ici la supprimer. En effet, après que le jury aura statué sur le fait principal du meurtre, la circonstance accessoire de guet-apens sera couverte par le principe de la chose jugée. Le même raisonnement doit faire adopter la même solution, à l'égard de la filiation, dans le crime de parricide.

L'autorité si grave de la Cour de cassation française trouve heureusement un contre-poids dans celle de la Cour de cassation belge, qui décide la difficulté conformément aux principes que nous venons de développer. Voir à cet égard, dans *la Pasicrisie*, les arrêts des 6 juillet 1846, 26 avril 1847, 6 octobre 1849.

TH. BAZOT.

(*La suite à une prochaine livraison.*)

BIBLIOGRAPHIE.

CODE DE LA NOBLESSE FRANÇAISE,

Ou PRÉCIS DE LA LÉGISLATION SUR LES TITRES, ÉPITHÈTES, NOMS, PARTICULES NOBILIAIRES ET HONORIFIQUES, LES ARMOIRIES, etc., par le comte P. DE SEMAINVILLE, ancien magistrat. — 2e édit. in-8°. Paris, 1860.

Compte rendu par M. L. M. DE VALROGER, docteur en droit, avocat à la Cour impériale de Paris.

Les nombreux priviléges accordés autrefois aux familles nobles donnaient une grande importance aux règles relatives à l'acquisition et à la perte de la noblesse. M. de Semainville s'est livré à de laborieuses recherches sur ce sujet. Les règles qu'il a mises en lumière offrent encore un vif intérêt historique. Elles n'ont plus d'autre intérêt en général, chacun aujourd'hui peut se dire ou se croire de sang noble sans que la justice y ait rien à voir. Mais si l'on prend un titre qui suppose la noblesse, il en est autrement [1].

[1] *Noblesse* et *titres* sont choses à ne pas confondre. La noblesse ne conférait pas par elle-même le droit à un titre : il y avait noblesse titrée et noblesse non titrée. Mais les titres supposaient la noblesse. Il suit de là qu'aujourd'hui encore, comme on le verra plus loin, la question de savoir si une famille est de sang noble peut se présenter judiciairement à l'occasion d'un titre.

Digitized by Google

Les lois des 19-23 juin 1790 et 16 octobre 1791 avaient aboli la noblesse et supprimé les titres. Napoléon Ier reconstitua une noblesse nouvelle en attachant des titres honorifiques à un certain nombre de dignités; titres personnels, mais susceptibles de devenir héréditaires par ordre de primogéniture, moyennant l'érection de majorats. Pour protéger l'institution de cette nouvelle noblesse, le Code pénal de 1810 prononça une peine d'emprisonnement contre *celui qui s'attribuerait des titres impériaux qui ne lui auraient pas été légalement conférés* (art. 259 C. pén.). La Charte de 1814 maintint la noblesse d'origine impériale et ressuscita celle qui avait péri en 1790, en lui rendant ses titres sans ses priviléges [1]. Dès lors l'article 259 protégea contre l'usurpation les titres de la noblesse ancienne comme ceux de la noblesse nouvelle. Mais sous la monarchie de Juillet cette protection leur fut retirée, aux uns et aux autres, par l'article 12 de la loi du 28 avril 1832, qui effaça de l'article 259 du Code pénal la partie relative aux titres nobiliaires. On put donc désormais s'attribuer impunément un titre auquel on n'avait aucun droit. En 1848 le gouvernement provisoire alla bien plus loin en abolissant les titres de noblesse et interdisant de les prendre publiquement ou de les faire figurer dans les actes, et cette disposition passa dans la Constitution républicaine. Elle ne devait durer qu'autant que cette constitution. Un décret de 1852 l'abrogea. Il ne fut donc plus interdit de porter un titre auquel on avait droit. Mais rien n'empêchait non plus de prendre un titre qu'on s'attribuait à soi-même. C'est à cet abus qu'a pourvu la loi du 28 mai-6 juin 1858, en rétablissant avec quelques modifications la pénalité édictée par le Code pénal de 1810.

Du moment que l'usurpation d'un titre, auquel on n'a pas droit, constitue un délit, il faut savoir de quelles règles le droit dépend.

Pour la noblesse d'origine impériale, il n'y a qu'à se reporter aux lois qui l'instituèrent.

Pour la noblesse ancienne, il a été dit par le rapporteur de la loi de 1858, M. du Miral, que les usages de l'ancienne monar-

[1] Art. 71 de la Charte : « La noblesse ancienne reprend ses titres. La « nouvelle conserve les siens. Le roi fait des nobles à volonté, mais il ne « leur accorde que des rangs et des honneurs, sans aucune exemption des « charges et des devoirs de la société. »

Digitized by Google

chie française continueraient à faire règle[1]. On ne voit pas, en effet, quels principes on pourrait suivre si l'on ne se reportait à ceux qui régnaient autrefois. Nous voilà donc ramenés à rechercher comment, sous notre ancien régime, des titres nobiliaires pouvaient régulièrement s'acquérir et se transmettre.

L'origine des titres, on le sait, se trouve dans ces seigneuries investies d'une portion plus ou moins considérable de la souveraineté, qui prirent naissance dans la dissolution de la monarchie carlovingienne. Les ducs, marquis, comtes et vicomtes, ayant cessé d'être des officiers royaux pour devenir des seigneurs possédant patrimonialement leur titre, il y eut des duchés, des marquisats, des comtés et vicomtés, qui constituèrent comme autant de petits États au sein d'un État plus grand. Le titre ne se séparait point alors de la possession de la seigneurie dont il exprimait le caractère originel. Mais les choses n'en restèrent point là. Des familles qui avaient longtemps possédé une seigneurie en retinrent le titre après que la seigneurie elle-même eut cessé d'être en leur possession. L'usage consacra ce procédé. Les titres de seigneurie se convertirent ainsi en titres de famille, et formèrent comme une noblesse supérieure relevée par l'éclat d'appellations honorifiques qui rappelaient son ancienne participation à la souveraineté publique. Du moment qu'il en fut ainsi, et que, par exemple, le titre de comte ne correspondit plus à la possession d'un comté, il dut arriver inévitablement que la vanité se donnât carrière en se parant de titres qu'on attribuait rétroactivement à des ancêtres qui n'avaient pas eu le soupçon de cette grandeur. L'usurpation fut portée au point de faire perdre leur valeur à ces distinctions : « Les titres de comte et de marquis, dit Saint-Simon, sont tombés dans la poussière par la quantité de gens de rien et même sans terres qui les usurpent, et par là tombés dans le néant, si bien même que les gens de qualité qui sont marquis ou comtes ont le ridicule d'être blessés qu'on leur donne ce titre en parlant à eux. »

[1] « N'est-il pas clair que les usages de l'ancienne monarchie française, « ravivés dans l'ordonnance du 25 août 1817, et consacrés par les mœurs « nouvelles, continueront à être la règle de toutes les transmissions dans « l'avenir, comme elles le sont dans le présent? Le projet n'innove pas et « ne prépare aucune innovation. Il ne fait que maintenir et sanctionner. » (Rapport de M. du Miral.)

Digitized by Google

Cette confusion, dans laquelle les titres tombèrent par défaut de règles, fait surgir des difficultés sérieuses dans l'exécution de la loi de 1858.

Si l'on prouve que le titre de comte, par exemple, fut pris autrefois par la famille en conséquence de la possession d'un comté, le droit à cette distinction se trouvera bien établi d'après les usages anciens, pourvu toutefois que la famille fût noble [1]. Mais beaucoup de familles, décorées depuis longtemps d'un titre, seraient fort embarrassées si on leur demandait de prouver que leurs ancêtres possédèrent une terre qualifiée de ce titre. La plupart des familles ne pourraient aujourd'hui justifier leur droit que par la possession qu'elles ont eue du titre lui-même. Quelle possession devra-t-on regarder comme suffisante? Il ne peut être question d'appliquer ici les règles sur la possession à l'effet de prescrire, car on a toujours considéré les titres, aussi bien que la noblesse elle-même, comme choses imprescriptibles. Alors où s'arrêter? Si nous sommes bien informé cette difficulté aurait occupé le Sénat, et dans la discussion on aurait émis l'idée de prendre droit par l'état de la possession en 1789. Ce système très-simple couvrirait sans doute bien des usurpations, mais il couperait court à de grandes difficultés. Cependant la source n'en serait pas encore tarie, car on ne refuserait pas sans doute aux familles, qui avaient alors laissé un moment tomber leur droit, la faculté de le réclamer. A quelles preuves les astreindrait-on? Exigerait-on, contre tous les usages anciens, la justification du titre originel de la distinction possédée par leurs ancêtres? La longue possession ne suffirait-elle pas? Quelle durée de possession demanderait-on? On voit que la difficulté renaîtrait, quoique dans de moindres proportions.

L'application des usages anciens au régime nouveau suscite

[1] Un arrêt d'Agen (28 décembre 1857, t. LIX, 2, 90) reconnaît qu'autrefois le possesseur d'une seigneurie titrée était autorisé à en prendre la qualification; mais qu'à partir de l'ordonnance de Blois de 1579 l'achat d'une telle seigneurie ne conféra plus à l'acquéreur non noble le droit de prendre ce titre. — L'ordonnance de Blois disposa que « à l'avenir les roturiers et non « nobles achetant fiefs nobles ou en devenant possesseurs, ne seraient pour « ce anoblis. » L'arrêt en a conclu que l'acquéreur roturier ne pouvait prendre le titre de la seigneurie, les titres constituant une distinction réservée à la noblesse. Voilà le cas dont j'ai parlé plus haut, où la qualité noble de la famille peut se trouver encore aujourd'hui agitée à l'occasion d'un titre.

Digitized by Google

d'autres doutes. Autrefois un usage constant réservait le titre de la famille à l'aîné, en autorisant les puînés à prendre un titre inférieur en suivant une gradation descendante. Appliquera-t-on aujourd'hui cette règle? Est-elle conciliable avec l'égalité que notre droit nouveau a introduit dans la famille?

Voilà un aperçu des difficultés sérieuses que soulève l'exécution de la loi de 1858.

Le rapporteur de cette loi, M. du Miral, paraît avoir entrevu ces difficultés, et il avait émis l'idée que le gouvernement serait peut-être obligé de faire un règlement ultérieur, *soit pour consacrer les règles de transmission actuellement pratiquées, soit pour déterminer à nouveau les conditions de la possession légitime, en l'absence de titres, déjà fixées par la législation ancienne.* Ce règlement n'a pas paru, et selon toute apparence il n'en paraîtra pas. Le gouvernement, qui, par le décret des 8-12 janvier 1859, a rétabli le conseil du sceau des titres, paraît avoir laissé à ce conseil le soin de fixer par sa jurisprudence les règles de la matière [1]. Assez de temps s'est écoulé pour qu'un commencement de jurisprudence ait déjà pu se former. Mais jusqu'ici rien n'en a encore été livré au public.

La loi de 1858 n'a pas seulement frappé de nouveau l'usurpation de titres, réprimée déjà par le Code pénal de 1810. Elle a créé un genre nouveau de délit, en étendant les mêmes peines à quiconque, *en vue de s'attribuer une distinction honorifique, aura changé, altéré ou modifié le nom que lui assignent les actes de l'état civil.*

Le principe qui oblige à recourir au chef de l'État pour obtenir l'autorisation de changer son nom n'est pas nouveau. Il remonte à l'édit d'Amboise du 26 mars 1555 (art. 9). Mais la défense fut toujours très-peu observée, et dans l'usage on se donna la plus grande liberté pour prendre tel nom qu'on voulait. Le gouvernement a vu dans cette licence un désordre, un abus qui réclamait une répression. Toutefois la pénalité prononcée n'atteint que les changements inspirés par la pensée de s'attribuer une *distinction honorifique.*

Quelles peuvent être en dehors des titres les distinctions ho-

[1] Art. 6. « Il délibère et donne son avis :

« 1° Sur les demandes en collation, confirmation et *reconnaissance* de titres, que nous aurons renvoyées à son examen;

« 2° Sur les demandes en vérification de titres..... »

Digitized by Google

norifiques auxquelles il est fait allusion? Il n'est pas douteux que la loi a eu en vue les particules *de, du, de la, des*[1].

M. de Semainville fait remarquer que les particules *de, du, de la, des* ne sont pas d'essence nobiliaire. « A l'origine des « noms, dit-il, pour appeler un individu on employait parfois « les mots qui exprimaient ses qualités physiques ou morales. « Dans d'autres circonstances on désignait quelqu'un par la « chose qu'il possédait : un fief, un domaine, un bois, un mont, « un val, un arbre, une rivière, un ruisseau, une épée, etc., « ou bien par le lieu de sa naissance. On sous-entendait tou- « jours alors devant ces mots les termes de seigneur ou de pos- « sesseur, d'originaire, d'habitant. Au lieu de dire Pierre, Paul, « propriétaire ou possesseur du bois, du mont, du val, de la « rivière, du ruisseau, du poirier, de l'épée, on disait simple- « ment Pierre, Paul du Bois, du Mont, du Val, de la Rivière, « du Ruisseau, du Poirier, de l'Épée. Les particules employées « alors seulement comme articles n'avaient aucune signification « nobiliaire. Elles servaient à désigner aussi bien le grand sei- « gneur noble que le bourgeois, l'artisan et le plus petit labou- « reur. Dans les anciens auteurs on les voit devant les noms « des gens de toute classe. Dans du Cange, au mot *Nobilitatio*, « par exemple, on voit beaucoup de personnes portant ainsi « des noms précédés des particules ou articles *de, du, de la,* « *des*, recevoir des lettres d'anoblissement. » Mais M. de Semainville ajoute avec non moins de justesse que si la particule *de*, mise entre deux noms, n'exprimait pas autre chose qu'une marque de possession territoriale, la particule mise en tête du nom patronymique sembla être devenue une marque de noblesse. Voilà pourquoi Louis XIV, par une déclaration du 3 mars 1699, interdit à tous autres qu'aux nobles de race de prendre le *de* avant leur nom[2]. Cette mesure était empruntée à un édit de Philippe IV pour la Flandre.

M. de Semainville fait observer que la loi de 1858, en punissant à l'égal de l'usurpation de titres l'usurpation de la particule considérée comme une *distinction honorifique*, semble

[1] « L'abus des usurpations de noms nobiliaires est plus fréquent encore « que celui de l'usurpation des titres..... La particule s'ajoute au nom, en « fait partie, se communique et se transmet. Elle le décore dans nos mœurs « jusqu'à un égal degré. » (Rapport de M. du Miral au Corps législatif.)

[2] Collect. d'Isambert, XX, 333.

Digitized by Google

avoir elle-même fait de cette particule un attribut de la noblesse. Il conclut de là que tout noble aujourd'hui a droit à la possession de la particule et pourrait la prendre de plein droit sans autorisation. Il m'est impossible d'admettre cette conclusion en présence de la règle qui consacre d'une manière absolue l'immutabilité des noms.

Si le délit que prévoit la loi nouvelle résulte de l'addition d'une simple particule, à plus forte raison existe-t-il quand on substitue ou qu'on ajoute à son nom de famille quelque nom de terre comme cela se faisait autrefois.

Voilà les *distinctions honorifiques* que la loi a en vue. Elle punit quiconque, dans un but de vanité, changerait ou modifierait le nom *que lui assignent les actes de l'état civil.*

S'agit-il seulement ici de l'acte de naissance? « Non, disait « le rapporteur de la loi, M. du Miral, qu'avons-nous entendu « par cette expression générale et collective, et pourquoi n'a- « vons-nous pas seulement indiqué l'acte de naissance comme « la règle et le critérium du nom? C'est que dans des cas excep- « tionnels, l'acte de naissance peut être inexact, incomplet ou « falsifié, et que le droit ou la vérité doivent alors se puiser « dans l'ensemble des actes qui constatent la situation de la « famille. » Ainsi une personne ne sera pas privée d'une distinction honorifique qui appartenait d'ancienneté à sa famille, parce qu'elle ne figure pas dans un acte de naissance dressé, par exemple, à l'époque révolutionnaire. Réciproquement il ne suffira pas qu'une distinction de ce genre ait été glissée dans l'acte de naissance pour qu'elle demeure acquise. Dans l'un et l'autre cas il y a lieu de vérifier la *situation de la famille.*

Qu'est-ce que cette situation? De quelle vérification s'agit-il? Faut-il la justification d'un droit rigoureusement établi? La possession ne peut-elle suffire? Oui, évidemment. Il est bien vrai que l'édit d'Amboise de 1555 et l'ordonnance de 1629, qui en renouvela les prescriptions, défendaient autrefois de changer arbitrairement son nom. Mais il en fut de l'édit et de l'ordonnance comme de beaucoup d'autres dispositions destinées à faire cesser des abus qui furent plus forts que les lois. On ne peut méconnaître qu'ici l'abus prévalut. Sans parler d'usurpations capricieuses de noms auxquels on n'avait aucun droit, usurpations qui passèrent presque en habitude, un usage bien constant et que la Cour suprême a reconnu permettait au pos-

Digitized by Google

sesseur d'un fief d'en prendre le nom. En droit ce nom de seigneurie restait distinct du nom patronymique. Mais en fait les deux noms arrivaient souvent à se fondre par l'habitude de ne pas les distinguer. Souvent même le nom de seigneurie finissait par se substituer au nom patronymique qu'on laissait de côté pour garder seulement le nom le plus flatteur. C'est ainsi que se sont formés beaucoup de noms de familles. J'en pourrais citer d'illustres qui ne furent à l'origine que des noms de seigneurie, et qui bien certainement prirent par l'effet du temps un caractère patronymique.

Le temps est, en effet, le grand maître en cette matière, et, quoiqu'un nom ne soit pas susceptible de prescription, on ne peut refuser de tenir compte de la possession prolongée qu'une famille en a eue. N'est-ce pas en définitive la possession qui a fondé tous les noms? Où irait-on si l'on voulait remonter à leur origine à travers les temps? Voici, par exemple, la postérité de ce Monsieur de l'Isle, dont parle Molière[1]. Refusera-t-on à cette famille un nom que deux siècles ont consacré? Que dirait-on si la chose, au lieu de se passer sous Louis XIV, avait eu lieu sous Louis XV, au temps où, sans plus de droit, Arouet se faisait appeler M. de Voltaire, du nom d'une petite terre de sa mère? Si Voltaire avait laissé une postérité, lui contesterait-on ce nom parce qu'il ne reposerait que sur une possession d'un siècle? On arriverait ainsi à jeter le trouble dans l'état des familles, que la loi de 1858 a voulu bien plutôt régulariser. La possession d'un nom pourra donc suffire à le justifier.

Mais quelle devra être la durée de la possession? Ici nouvelle difficulté.

Cette difficulté prendra un aspect différent, selon qu'elle se présentera devant le conseil du Sceau ou devant les tribunaux. Le conseil du Sceau, saisi d'une demande en reconnaissance de titres ou de noms, jouit de la latitude d'appréciation morale qui est de la nature d'une telle juridiction. La justice rendue par les tribunaux a un autre caractère : leur mission est d'appliquer strictement les principes du droit à une cause portée

[1] Je sais un paysan qu'on appelait Gros-Pierre,
Qui, n'ayant pour tout bien qu'un seul quartier de terre,
Y fit tout à l'entour faire un fossé bourbeux,
Et de Monsieur de l'Isle en prit le nom pompeux.
(*École des femmes.*)

Digitized by Google

devant eux. Quel principe fera donc la règle des décisions judiciaires en un tel cas? Il est bien clair qu'il n'y en a point, et que le juge se trouve sans règle certaine pour décider quelle durée de possession peut suffire ou non. Le juge, qu'aucune loi ne guide, est donc lui-même réduit à des appréciations discrétionnaires dont tout le monde comprend les inconvénients. (V. Req. 17 décembre 1860; Petitjean et de Maransange.)

Toutes les questions que nous venons de signaler, soit pour les titres, soit pour les noms, ne sont pas absolument nouvelles. Mais elles ne se présentaient guère jusqu'ici que dans le cas où une famille se plaignait de l'usurpation de ses titres ou de son nom. La question se trouvait alors circonscrite dans des termes qui pouvaient en faciliter la solution. La loi de 1858 a donné à ces difficultés une gravité toute nouvelle. Elle a aussi donné une nouvelle face à une question qui tient aujourd'hui en suspens le monde judiciaire. Le ministère public est-il recevable à poursuivre d'office la rectification des actes de l'état civil [1]? Une telle question ne peut être traitée incidemment. Mais je ne puis me dispenser de faire remarquer le lien intime qu'elle a avec la loi de 1858. On ne saurait se dissimuler que cette loi est très-menacée si le ministère public est désarmé en face d'usurpations qu'on a su faire consacrer par des actes de l'état civil. Il faut reconnaître aussi qu'en admettant la recevabilité d'une telle action, on ouvre devant le ministère public une carrière pleine de périls si une grande réserve ne devait pas toujours présider à son action. On courrait risque de voir le trouble jeté dans l'état des familles par des recherches auxquelles on ne peut assigner de limites certaines.

Mais je m'aperçois que je me suis laissé entraîner bien loin de l'ouvrage de M. de Semainville. Il n'entrait point dans son plan de traiter les questions que je viens de toucher à cause de leur actualité. Son livre, toutefois, jette du jour sur ces questions en montrant la profonde confusion dans laquelle les titres et les noms étaient autrefois tombés. M. de Semainville a rassemblé sur notre ancienne noblesse beaucoup de documents épars dans une foule d'ouvrages. Son livre sera consulté avec

[1] La chambre des requêtes, par un arrêt rapporté dans *le Droit* du 3 janvier 1861, s'est prononcé pour la négative. Mais plus récemment les Cours d'Angers, d'Orléans et de Paris ont adopté l'opinion contraire. V. *Droit* des 3 et 10 janvier 1861.

Digitized by Google

fruit par quiconque voudra prendre connaissance de ce qui concerne la noblesse, soit qu'on se place à un point de vue purement historique, soit qu'on ait en vue des questions d'un intérêt actuel et pratique. L. M. DE VALROGER.

NÉCROLOGIE.

M. F. LAFERRIÈRE.

Le 12 février, les amis de M. Laferrière suivaient le convoi de sa fille, enlevée, à vingt ans, à l'affection des siens. Ils s'entretenaient avec inquiétude de ce que ce coup avait d'affreux pour son père. On se disait que, malade lui-même, il avait dû être emporté loin du lit de sa fille morte, et l'on s'exprimait la crainte que ces déchirements de l'âme n'aggravassent les souffrances du corps. Pressentiments bientôt et cruellement vérifiés! Au bout de trois jours nous venions, consternés, lui rendre à son tour les mêmes devoirs.

La science a fait une grande perte, et qui sera longtemps sentie. La mort a interrompu une œuvre considérable qui devenait plus belle et plus forte en avançant. En frappant M. Laferrière dans la maturité de son talent, elle a clos une vie des mieux remplies, mais riche encore de promesses.

M. Laferrière commença à se faire connaître dans ce barreau de Bordeaux qui a produit tant d'avocats renommés et d'hommes politiques illustres. M. Laferrière s'y fit promptement remarquer par une vive imagination, une parole facile, chaude et colorée. Mais les dispositions de son esprit le portaient vers la poursuite d'autres succès : la science l'attirait. Son début dans cette autre carrière fut une *Histoire du droit français* qui rendit aussitôt son nom célèbre; œuvre de jeunesse, mais d'une jeunesse pleine d'avenir, où se révélait à la fois le jurisconsulte, le penseur et l'écrivain.

Ce livre lui ouvrit l'enseignement. Nommé professeur de droit administratif à Rennes, il inaugura cette nouvelle création avec un éclat dont le souvenir est resté très-vif dans le pays. On vit la magistrature, le barreau se confondre avec la jeunesse

Digitized by Google

sur les bancs de l'école, pour l'entendre. Ses leçons ne tardèrent pas à devenir un second ouvrage qui tient une des premières places parmi les livres écrits sur cette partie si vaste de notre droit. M. Laferrière se trouva ainsi désigné aux suffrages de l'Assemblée nationale, lorsque, après la révolution de 1848, elle eut à recomposer le Conseil d'État par voie d'élection. Il y entra, non par la porte de la politique, mais par celle de la science. Il ne fit qu'y paraître; le caprice du sort l'enlevait presque aussitôt à ce haut Conseil où il n'eut que le temps de montrer, avec de grandes lumières, un égal amour de l'ordre et des libertés publiques. Nommé inspecteur général des Facultés de droit, il contribua de tous ses efforts à élargir, fortifier et élever l'enseignement, en même temps qu'il se rendait cher à tout le professorat par la loyauté et la bienveillance de son caractère. Il avait repris l'œuvre de sa jeunesse pour le transformer par des vues nouvelles et une science plus profonde. Tant de travaux si distingués marquaient sa place au sein de l'Académie des sciences morales et politiques, lorsque le cadre de cette illustre compagnie fut élargi. Plusieurs mémoires qu'il y lut le firent bientôt apprécier. Son *Histoire du droit français*, poursuivie avec une ardeur continue, s'élevait comme un monument auquel d'année en année s'ajoute un nouvel étage. Hélas! cet édifice ne recevra pas son couronnement!

Pendent opera interrupta.....

Le coup qui a frappé M. Laferrière atteint particulièrement notre *Revue*. Il l'avait enrichie d'excellents articles, et participait activement à sa direction. Il aimait ces publications périodiques « qui permettent aux aperçus hardis de se produire, réveillent « sur tous les points en même temps l'intelligence avide d'ap- « prendre et de communiquer ses propres réflexions, forment « un lien entre les esprits qui rayonnent à de grandes distances « dans les mêmes sphères d'activité, et allument dans les cœurs « la passion du progrès. » J'emprunte ces paroles à l'Introduction écrite tout récemment par lui, pour être mise en tête de la *Table analytique des Revues de droit*. Après avoir parlé avec cette chaleur de langage qui montre combien il s'intéressait à tout ce qui peut servir la science, M. Laferrière faisait l'analyse des travaux les plus remarquables que les différentes *Revues*

Digitized by Google

ont publiés; soigneux de mettre en lumière les titres des autres, il n'oubliait de parler que des siens.

Ce désintéressement de lui-même avait sa source dans l'élévation de son caractère. Très-susceptible de nobles fiertés, M. Laferrière était au-dessus de toute pensée étroite et mesquine. Jamais il n'y eut d'accès dans cette belle âme que pour les sentiments les plus purs et les plus généreux. Aussi, à ses funérailles, quel concert d'hommages sortait spontanément de tous les cœurs profondément émus! On s'entretenait bien moins de ses titres, de ses travaux mêmes, que de ses qualités morales, et l'on se disait que la société venait de perdre un de ces hommes de bien, dans la plus haute et la plus large acception du mot, qui font son honneur et sa force.

Si la consolation suprême du mourant est de pouvoir, sans orgueil, se rendre le témoignage qu'il a bien vécu, vos derniers moments n'ont point été sans douceur, ô mon excellent ami! Vos fortes croyances chrétiennes attestées par vos écrits vous montraient la récompense au delà du tombeau. Mais combien pourtant votre cœur n'a-t-il pas dû être brisé par la perspective du vide que vous alliez laisser! La solitude s'est faite autour d'une autre vous-même. Vos fils ont perdu leur guide, leur soutien. Mais pour les diriger ils ont vos exemples; pour les protéger il leur reste votre mémoire honorée, ineffaçable dans le cœur de tous ceux qui vous ont connu!

L. DE VALROGER.

Nous empruntons au journal de *l'Instruction publique* le récit des funérailles de M. Laferrière :

Retenu par d'autres devoirs, M. le ministre avait chargé M. le sénateur Dumas, vice-président du conseil impérial, de le représenter. La cérémonie a eu lieu à Saint-Sulpice, au milieu d'un grand concours de fonctionnaires de tout ordre et de tout rang. Le deuil était conduit par le plus jeune des deux fils de M. Laferrière (en l'absence du frère aîné, malade et alité), et par les frères du défunt, MM. A. J. Laferrière, Joseph-J. Laferrière, capitaine de frégate, et Justin-J. Laferrière, sous-préfet de Confolens. Les coins du poêle étaient tenus par MM. Dumas, Giraud, président de l'Académie des sciences morales et politiques, inspecteur général de l'enseignement supérieur; Dupin, membre de l'Institut, procureur général à la Cour de cassation;

Digitized by Google

Pellat, membre de l'Institut, doyen de la Faculté de droit de Paris. Venait ensuite, en robes, une députation de cette Faculté.

On remarquait dans l'assistance : tous les autres membres de la Faculté de droit; MM. Laborie, Pascalis et Nicias Gaillard, membres de la Cour de cassation; MM. Mignet, Cousin, Patin, Wolowski, de Cormenin, Ad. Garnier, Laboulaye, Guigniaut, Egger, Wallon, Brunet de Presles, Garcin de Tassy, Berger de Xivrey, etc., de l'Institut; les inspecteurs généraux des trois ordres d'enseignement; le vice-recteur et les inspecteurs de l'Académie; M. G. Rouland, directeur du personnel, et les chefs de division du ministère de l'instruction publique et des cultes; les proviseurs, un grand nombre de professeurs des Facultés et des lycées, enfin une députation d'étudiants.

Après la cérémonie religieuse, le cortége s'est dirigé vers le cimetière Montparnasse. M. Dumas, au nom du ministre de l'instruction publique; M. Giraud, au nom de l'Institut; M. Valette, au nom des Facultés, ont prononcé sur la tombe de leur regrettable et illustre collègue des discours qui ont profondément ému tous les assistants, et que nous nous empressons de placer sous les yeux de nos lecteurs :

Discours de M. Dumas.

Messieurs,

Retenu par le service de l'empereur, M. le ministre de l'instruction publique, en me déléguant pour me représenter près de cette tombe ouverte, où m'appelait si naturellement ma propre émotion, a voulu que je vous fisse connaître combien il a été attristé de ne pouvoir témoigner par sa présence quelle part il prend au deuil si inattendu qui afflige l'Université, quelles sympathies il ressent pour l'irréparable malheur qui frappe une famille deux fois atteinte en trois jours.

N'est-ce pas rendre à M. Laferrière l'hommage le plus digne de son âme si pure, si délicate et si tendre, que de vous dire, hélas! il a perdu sa fille? et si le chrétien, se courbant sous la main de Dieu, s'est résigné, le père, surpris par le choc, refoulant sa douleur pour en épargner le poids à la compagne de sa vie, succombait en quelques heures, sous les angoisses et les déchirements intérieurs d'un cœur brisé.

Digitized by Google

Cette mort ne vous étonne pas, vous tous qui l'avez connu, qui l'avez aimé, qui l'avez honoré et qui savez si bien que dans l'existence de M. Laferrière, parmi tant d'heureuses et nobles vertus familières à sa nature aimante et passionnée, la chaleur des affections domestiques, le culte du foyer, les tendresses de la famille, occupaient la première et la plus chère place.

La perte qu'éprouve le conseil impérial de l'instruction publique et l'inspection générale de l'Université est bien cruelle. M. Laferrière s'y était fait une situation exceptionnelle et haute par sa science des traditions, par son jugement droit, par son application à tous les devoirs et par cette ardeur pour le vrai et le bien que n'arrête aucun obstacle, qui ne connaît ni ménagements ni fatigues.

Une parole plus autorisée vous dira le deuil de la science du droit, qui avait toutes ses veilles, toutes ses pensées; pour moi, au nom de l'Université et du ministre éminent placé à sa tête par la confiance de l'empereur, je viens rendre à l'un de ses meilleurs et de ses plus dignes serviteurs le témoignage de reconnaissance, d'affection et de respect dû à des services qui laisseront une longue mémoire.

Professeur à Rennes, recteur à Versailles, inspecteur général des Facultés de droit, chargé à ce dernier titre de la première organisation de l'Académie de Toulouse, M. Laferrière s'était toujours vu accueilli dès l'abord par les plus sincères sympathies, entouré bientôt des meilleures affections, accompagné enfin, au moment de la séparation, des regrets les plus mérités.

Ce n'est pas seulement l'Université de Paris qui est en deuil. Nos douleurs auront de longs retentissements partout où M. Laferrière avait été appelé à servir l'État. C'est que son caractère droit, sincère, loyal et franc se lisait sur sa physionomie prévenante, ouverte et expressive. C'est que son amour du bien, profond, convaincu, ardent, éclatait sous l'émotion d'une parole pleine de chaleur et de vie. C'est que la jeunesse trouvait en lui un de ces maîtres dont elle se sent aimée; les professeurs, un collègue qui connaissait la dignité de leurs services et le prix de leurs veilles; l'autorité, un fonctionnaire en qui l'amour du pays et le dévouement au prince se confondaient en un même sentiment; tous, une âme bieveillante qui eût voulu, gardant pour elle les austérités du devoir, n'en laisser que les côtés aisés à ceux qui l'entouraient.

Digitized by Google

Que de clartés ses savants rapports répandaient sur les affaires les plus délicates, et avec quelle confiance on en appelait à son expérience et à ses lumières exquises pour toutes les questions où les principes de l'éducation publique se trouvaient engagés! Avec quelle autorité il appréciait la mission élevée de l'enseignement du droit; avec quelle bienveillance éclairée il en dirigeait les jeunes professeurs, fiers de recevoir ses inspirations!

Dans toute la puissance du talent, dans la force de l'âge, plein de santé et d'avenir, M. Laferrière promettait à l'Université et au pays une longue carrière et de nouveaux services. Qui aurait songé à la séparation cruelle qui nous menaçait, hélas! lorsqu'il y a quelques jours, il partageait les travaux du Comité de l'inspection générale? Il est tombé dans toute sa vigueur; rien ne peut affaiblir notre affliction; il nous quitte plein de vie, foudroyé par la douleur.

Si nos cœurs gardent le souvenir des choses qu'il avait accomplies, comment n'y pas mêler les profonds regrets que laissent une carrière si brusquement tranchée et des travaux si douloureusement interrompus?

Devant la douleur d'une famille si misérablement éprouvée, il n'est pas de consolations qui puissent venir des hommes. C'est de Dieu seul qu'elles peuvent descendre. Que du moins l'émotion qui nous oppresse tous en présence de cette tombe qui reçoit notre collègue si aimé, que le respect de l'Université et la reconnaissance de l'État soient un adoucissement aux amertumes répétées qui atteignent une compagne si tendrement aimée, des fils, des frères, des proches si dignes de lui.

Discours de M. Giraud.

Il y a trois jours à peine, quelques amis consternés suivaient le convoi funèbre d'une jeune fille de vingt ans, subitement enlevée à l'affection de M. Laferrière; et aujourd'hui nous venons déposer dans la même tombe, à côté de cette fille chérie, la froide dépouille de ce père malheureux, frappé en pleine santé, comme d'un coup de foudre, par la perte inattendue de son enfant, et mort, à trois jours de distance, de la douleur de la mort de sa fille. La même semaine les a séparés dans la vie, et les a réunis dans le repos éternel.

Digitized by Google

Il restait cependant à M. Laferrière des liens puissants qui le rattachaient à ce monde : il était chrétien; une foi sincère et toujours avouée, l'invitait à la résignation. Il lui restait, pour soulager son cœur brisé, deux fils, les plus parfaits modèles des meilleurs fils; il lui restait une épouse qu'il adorait et qui méritait de l'être. Mais dans les plus fortes âmes, comme dans les plus pieuses, s'il n'est pas de limite au courage pour affronter la douleur, il est une limite à la force des organes qui en supportent le poids, et les natures exquises y sont le plus facilement accablées. La nature tendre, délicate et vive de M. Laferrière a succombé du même coup que sa fille, et cette chaleur de sentiment qui animait son talent même, violemment refoulée à sa source dans son cœur généreux, a déterminé sa mort.

Un si tragique événement qui frappe une famille justement honorée, devient le deuil particulier de la grande famille des lettres, et l'Institut s'y associe avec un sentiment unanime de regret et de sympathie.

Quoique la place de M. Laferrière fût marquée parmi nous depuis longtemps, nous le possédions depuis peu d'années; mais nous devions espérer le garder longtemps encore : son âge et sa force nous permettaient de compter sur la durée de sa vie, et son zèle infatigable nous promettait une collaboration aussi longue qu'utile.

M. Laferrière devait tout au travail et à son talent. Jeune avocat de Bordeaux, il était déjà désigné à l'attention publique par des succès signalés; mais un penchant inné le portait vers l'étude, alors renaissante parmi nous, de l'histoire du droit.

Ainsi qu'à nous tous, il y trente ans, le droit lui apparut, non pas seulement comme l'utile instrument d'une habile direction pratique de l'intérêt civil des citoyens, ou bien comme la science grave et nécessaire des lois positives d'un peuple, mais encore comme une étude élevée, dont l'objet était le mouvement lui-même de l'humanité, cherchant la vie, avec des vicissitudes diverses, autour du principe de la justice et de l'équité. C'était la continuation de la pensée de Montesquieu.

Nourri de la lecture de l'*Esprit des lois*, sur sa terre natale même, M. Laferrière ne vit rien de plus grand pour fixer sa pensée que le phénomène social des évolutions juridiques, et il résolut dès lors de se consacrer à leur étude et à leur histoire. Il y dévoua sa vie et y porta le cachet de son esprit.

Digitized by Google

Grâce à la part qu'il y a prise, cette grande application de la philosophie de l'histoire est devenue le caractère d'une époque de notre siècle. Elle a fait révolution dans la manière d'étudier et d'enseigner le droit, et a fini par entraîner une génération tout entière.

Les premiers pas pouvaient être hasardés ou incertains, mais la méthode était excellente pour la grande éducation de l'esprit. L'histoire est comme un souffle vital qui anime le droit. Isolé de la philosophie et de l'histoire, le droit n'est plus que la froide analyse d'un texte ou d'un précepte ; analyse nécessaire, sans doute, mais insuffisante pour constituer la science qui inspira les jurisconsultes romains et la grande École du XVIe siècle parmi nous.

En 1836, M. Laferrière publiait la première édition de son *Histoire du droit français;* ouvrage où l'on pouvait remarquer des imperfections, inséparables du temps et des circonstances où se trouvait l'auteur, mais qui révélait un grand et incontestable talent, et dont les parties principales avaient un éminent mérite.

En 1838, un ministre s'honorait en le nommant à une chaire de nouvelle création dans la Faculté de droit de Rennes. M. Laferrière fut, pendant huit ans, l'honneur de cette Faculté, illustre déjà par Toullier et d'autres renommés jurisconsultes. Son caractère noble, son esprit élevé, son cœur droit, sa pureté, son honnêteté, lui avaient sur ce siége mérité l'estime et l'affection universelle. Il y marqua son passage par la composition d'un de ses ouvrages les plus appréciés, son *Traité de droit administratif,* et il y fonda une *Revue de droit* dont il fut le coopérateur le plus actif.

De profonds regrets le suivirent lorsqu'en 1846, l'opinion publique, plutôt encore qu'un ministre ami du bien, vint l'enlever à sa chaire, du haut de laquelle son éloquence captivait une jeunesse avide de l'entendre et lui apprenait avec amour le droit public de son pays, pour l'appeler à l'inspection générale des Facultés de droit, qu'un de ses amis laissait vacante. Depuis lors, M. Laferrière n'a cessé d'occuper ces fonctions éminentes, sauf un intervalle de courte durée, ce qui ne l'a point empêché de rendre d'autres services dans des missions importantes qui lui furent confiées en des moments difficiles.

Sa loyauté, son impartialité, son zèle pour la prospérité des

Digitized by Google

études, son urbanité bienveillante, son attachement invariable à la règle et au devoir, en un mot, les qualités les plus honorées dans un administrateur et les plus recherchées dans le commerce du monde, le recommandaient au respect général, qui ne lui fit jamais défaut pendant vingt-deux ans de fonctions publiques ou d'enseignement.

Le séjour de Paris ne fut pour lui que l'occasion de se livrer avec plus d'ardeur que jamais aux études qui ont illustré son nom. Il aimait l'histoire du droit avec passion. Il y cherchait la conscience du genre humain et la filiation des institutions civiles. C'était l'âme de la loi qu'il poursuivait sous les textes, préoccupé de ces belles paroles de Bossuet : « Que si les lois « romaines ont paru si saintes que leur majesté subsiste en- « core, malgré la ruine de l'empire, c'est que le bon sens, qui « est le maître de la vie humaine, y règne partout, et qu'on ne « voit nulle part une plus belle application des principes de « l'équité naturelle. »

Heureux dans son intérieur et bien digne de l'être, il avait traversé, dans sa carrière, une épreuve pénible, et il l'avait supportée avec sérénité. Son emploi fut brusquement supprimé en 1848. L'estime générale l'en indemnisa par une place au Conseil d'État électif, où il acquit, en peu de temps, de nouveaux titres à la considération publique; et bientôt après il put reprendre ses anciennes fonctions rétablies, pour lesquelles il avait un attachement particulier qui ne se démentit jamais.

Doué d'une activité qui ne se lassait pas, il avait commencé, dès 1847, la publication de son plus considérable ouvrage, qui, par la fatalité de sa mort prématurée, restera inachevé : je veux parler de son *Histoire du droit civil de Rome et du droit français*, vaste composition à laquelle suffisaient à peine les forces d'un seul homme, et qu'il a poursuivie, avec une constance inébranlable, à travers d'innombrables difficultés.

Bien qu'adonné à cette œuvre, comme à celle qui devait principalement marquer sa place dans le monde savant et lettré, M. Laferrière, que la flexibilité de son esprit laborieux rendait apte à tout, s'appliquait, avec un succès égal, à des travaux accessoires qui lui ont fait le plus d'honneur. Il n'est une des préoccupations législatives ou adminstratives de son temps à l'occasion de laquelle il n'ait payé son contingent de lumières et d'expérience. La réforme hypothécaire, le crédit foncier, des

Digitized by Google

questions difficiles de haute jurisprudence civile, des thèses d'ancien droit public français ou de droit ecclésiastique, l'ont trouvé préparé à prendre un rôle actif dans tout débat juridique ouvert devant l'opinion. Les revues de législation sont remplies d'articles vigoureux, colorés, entraînants, où la discussion scientifique se développe sous sa plume avec des formes saisissantes et sympathiques. C'est le trait distinctif de son talent.

Puis-je oublier un ouvrage composé avec rapidité, mais qui est empreint des qualités les plus vives de son esprit : son *Histoire des principes de* 1789; livre curieux, instructif et profond, où ses doctrines libérales sont exposées avec l'accent persuasif et vrai de l'honnête homme, éclairé par le savoir.

Parlerai-je de ses travaux dans le sein même de l'Académie des sciences morales et politiques, depuis que nous avons eu l'honneur de le compter dans nos rangs? Qui ne les a admirés, applaudis dans leur application si multipliée? Les Mémoires seuls qu'il nous a communiqués sur nos anciens États provinciaux suffiraient à la réputation d'un historien. Ses rapports multipliés et toujours remplis d'intérêt, ses lectures fréquentes sur les sujets les plus divers, la confiance dont ses confrères l'ont honoré pendant sa trop courte existence académique, laisseront un long souvenir parmi nous. Il y a huit jours encore, pendant qu'il pleurait au chevet de sa fille mourante, l'Académie lui donnait à son insu une nouvelle et flatteuse marque de son estime.

Si l'on tient compte des travaux accomplis, de l'impulsion donnée et de la renommée acquise, M. Laferrière a rempli la destinée que la Providence lui avait départie sur la terre. Mais si l'on considère tout ce que M. Laferrière pouvait faire encore pour la science, sa fin prématurée est un sujet d'amère douleur; elle est d'autant plus regrettable qu'il est mort au moment où son talent semblait gagner encore en portée, en élévation, en maturité, alors que d'incessantes et profondes études avaient donné un éclat plus solide, s'il se peut, à son imagination brillante, tempérée par la réflexion et un savoir plus étendu.

Laferrière, âme élevée, honnête et pure, reçois dans ce cercueil les derniers adieux de tes amis désolés! Tu as traversé ce monde périssable en y faisant du bien! tu as échauffé de généreux esprits pour de nobles études! tu as noblement usé toi-même des facultés éminentes dont le ciel t'avait doué! tu laisses

Digitized by Google

à tes enfants un nom honoré qui ne périra pas. Jamais on ne t'a vu manquer à un devoir! ta bienveillance t'a fait aimer de tous ceux qui t'ont connu! Que la terre te soit légère! Que Dieu te reçoive dans son sein où tu es digne de reposer.

Discours de M. Valette.

Il y a quelques jours à peine, mes collègues et moi nous rendions les derniers devoirs à la jeune fille de Laferrière, morte à la fleur de l'âge. Combien nous étions loin de penser alors que nous reviendrions si promptement dans ce lieu pour déposer le père à côté de la fille dans le même tombeau! Après l'affreux malheur qui l'avait frappé, sa douleur n'avait point éclaté en accès violents; elle avait paru calme et presque résignée. Dans ses entretiens avec sa famille et avec ses amis, on l'avait entendu exprimer sa soumission entière aux décrets de la Providence, déclarer qu'il saurait remplir ses devoirs comme chef de famille et donner à tous les siens, et surtout à sa chère et malheureuse compagne, l'exemple de la fermeté et du courage. Mais, hélas! il avait compté sur des forces physiques dont l'âme la plus héroïque ne peut disposer en maîtresse souveraine.

Cette énergie morale, née de l'austère sentiment du devoir, a bientôt brisé en lui tous les ressorts de la vie, et son organisation trop frêle n'a pu obéir aux efforts surhumains de sa volonté. Et il n'a pas, comme tant d'autres, succombé a l'action lente du chagrin par un dépérissement graduel dont on ait pu suivre et mesurer le progrès : notre ami a été frappé à mort d'une manière soudaine, comme foudroyé par la douleur, quand ceux qui l'entouraient ne croyaient pas même à l'existence d'une indisposition sérieuse.

En présence de cette tombe, qui vient de se rouveir si subitement, au milieu de la surprise et de la consternation générales, comment ne pas gémir d'une perte si grande, si irréparable? Quel malheur, messieurs, non-seulement pour sa famille, mais pour la science, dont il avait étendu le domaine par des travaux dont le renom a parcouru l'Europe tout entière! Quel malheur aussi pour l'enseignement public, qu'il a servi avec un zèle si persévérant, et dans la chaire du professeur de droit, et dans les fonctions du rectorat et de l'inspection générale,

Digitized by Google

et au sein même du Conseil d'État, où l'un des premiers, en 1849, sur le seul bruit de son mérite scientifique, il avait été placé par le vote de l'Assemblée nationale!

Des voix plus autorisées que la mienne se sont déjà étendues sur ce triste sujet; elles ont gémi de voir de si beaux travaux inachevés, de vastes matériaux préparés en vain pour terminer le monument élevé par Laferrière à l'histoire de notre droit national. Je me bornerai à vous rappeler encore ses vertus douces et modestes, son esprit à la fois concilant et ferme, n'accordant jamais rien à la passion ni à la faveur; son empressement, on pourrait dire son ardeur, à rechercher les jeunes gens capables pour leur tendre la main et leur aplanir les voies dans la carrière de l'enseignement. Que dirai-je de cette philosophie chrétienne, si sage et si tolérante, qui semblait présider à tous les actes de sa vie publique et privée? C'est l'ensemble de ces grandes qualités morales qui, par dessus tout, fera vénérer et chérir sa mémoire, et lui assurera dans nos âmes un culte de regrets éternels.

CHRONIQUE.

FÊTE DE CUJAS.

Le 3 février dernier, l'Académie de législation de Toulouse a tenu, au palais du tribunal de première instance, sa séance publique et annuelle en commémoration du célèbre jurisconsulte Cujas.

M. Rocher, recteur de l'Académie de Toulouse; M. Fort, président du tribunal de première instance; MM. les professeurs de l'École de droit, ainsi que plusieurs membres de la magistrature et du barreau, assistaient à cette solennité.

M. le président a successivement accordé la parole à MM. Sacase et Beudant.

M. Sacase, conseiller près la Cour impériale de Toulouse, dans une revue rapide et semée d'aperçus scientifiques, a entretenu l'auditoire des travaux auxquels s'était livrée l'Académie pendant l'année qui vient de finir.

M. Beudant a présenté un compte-rendu détaillé des Mémoires

Digitized by Google

soumis à l'Académie, et qui ont été, de sa part, l'objet d'études critiques et d'un examen consciencieux. Il a ensuite fait connaître les appréciations de l'Académie sur le mérite respectif de ces divers travaux.

M. le président, dans son rapport, a rappelé combien l'on doit applaudir à l'heureuse initiative de l'Académie, qui, la première, a cherché à encourager les jeunes légistes en instituant une médaille d'or pour prix du mérite qu'elle tient à cœur de récompenser.

Grâce à ce bon exemple, trois autres prix, dont l'Académie dispose, ont été institués : le prix départemental, le prix municipal et le prix accordé par le ministre de l'instruction publique et des cultes; ce dernier est spécialement réservé aux lauréats des Facultés de droit de l'empire.

Deux Mémoires seulement ont été présentés pour ce dernier prix. M. le président a consacré une grande partie de son rapport à leur examen, après quoi il a procédé à la nomination des lauréats.

M. Cabrye, docteur en droit à Rennes, a obtenu la médaille d'or fondée par M. le ministre de l'instruction publique; M. Chalvet, premier commis de la direction des domaines à Toulouse, celle des lauréats universitaires; M. Bonvalot, conseiller à la Cour impériale de Colmar, le prix municipal (*De la société d'acquêts*), et M. Bezy, docteur en droit à Toulouse, le prix du conseil général (*Des assurances sur la vie*).

Après la distribution des médailles d'or, la séance a été levée.

PARTIE ÉTRANGÈRE.

INTRODUCTION.

Le succès de la *Revue critique*, auquel a tant contribué le bienveillant appui des sommités de la magistrature française, sous les auspices desquels elle paraît, impose à la Direction l'impérieux devoir de la tenir constamment au niveau de tous les progrès de la jurisprudence, et d'apporter à la rédaction

Digitized by Google

toutes les améliorations dont elle est susceptible. « Fonder un « organe complet de la science juridique, disions-nous au début « de sa nouvelle carrière, qui, par ses critiques conscien- « cieuses, puisse exercer une utile influence sur la marche de « la législation et sur la marche de la jurisprudence, telle est « la pensée qui a provoqué la fusion des deux *Revues*; — toutes « les branches de la science, le droit civil et le droit pénal, le « droit administratif et le droit fiscal, le droit commercial, « industriel et économique, y trouveront une place proportion- née à leur importance » (t. III, *Introduction*, p. IV et VII). Le lecteur appréciera si nous sommes resté fidèles au programme que nous nous étions tracé,

Il existe une branche de la jurisprudence, qui, malgré sa récente origine, a obtenu en ces dernières années une importance prépondérante : le *droit international* et la *jurisprudence comparée* sont nés en quelque sorte sous nos yeux, et se développent rapidement à raison de l'accroissement prodigieux des rapports internationaux et du rapprochement moral et industriel que nous voyons s'opérer entre les nations. Nous avons possédé longtemps, en France, un organe spécial de législation internationale et comparée, la *Revue* fondée par feu M. Fœlix, et qui, depuis 1844, portait le titre de *Revue de droit français et étranger*. « La *Revue de droit français et étranger*, » selon la belle expression du trop regrettable M. Laferrière, « a fondé la science de la Législation comparée et du droit « international privé. C'est là son titre principal, son ca- « ractère distinctif et impérissable[1]. » La cessation de cette *Revue* a laissé en France une lacune vivement ressentie dans le monde des jurisconsultes, et que la Direction de la *Revue critique* se propose de remplir, du moins en partie. Elle cherchera désormais à tenir le lecteur au courant du mouvement législatif des principaux pays de l'Europe, par la publication d'une *chronique* et d'un *bulletin bibliographique* étrangers, ainsi que d'articles spéciaux. Dans ce but, elle fait un appel aux jurisconsultes étrangers, afin qu'ils veuillent bien, par de fréquentes communications, la tenir au courant des

[1] Dans son Introduction aux *Tables analytiques des Revues de législation et de jurisprudence*, par MM. Coin-Delisle et Million, 1860, page XXX. V. aussi pages LI, LV et LXII.

Digitized by Google

progrès de la législation et de la jurisprudence de leur pays. Elle fait également un appel aux auteurs et éditeurs des ouvrages de droit, publiés à l'étranger, les invitant à les adresser à la Rédaction de la *Revue* s'ils désirent qu'il en soit fait un compte rendu ou des annonces dans le bulletin. Aux éditeurs de Revues étrangères, enfin, elle propose l'échange.

Notre collaborateur, *M. Bergson*, connu depuis longtemps en France par ses travaux sur la Législation internationale et comparée, chargé de 1844 à 1850 de la partie étrangère de la *Revue de droit français et étranger*, dirigera cette nouvelle partie de notre Recueil.

Tous les envois devront être adressés à l'éditeur de la *Revue*, M. Cotillon, libraire du Conseil d'État.

CHRONIQUE.

Belgique. — La section centrale de la chambre des représentants, chargée de l'examen des projets de loi sur la propriété littéraire et artistique, en 33 articles, a déposé son rapport sur le projet qu'il modifie considérablement.

L'article 1er assimile, d'une manière absolue et complète, les auteurs étrangers aux nationaux, même en l'absence de la réciprocité. Il accorde aux auteurs d'ouvrages littéraires et artistiques, le droit exclusif de les reproduire, ainsi qu'au conjoint survivant. La section propose d'y ajouter « le conjoint survivant jouira de ce droit dans la limite de ses droits matrimoniaux. »

A l'article 4, relatif au droit de traduction, elle ajoute : « pourvu que ce droit soit exercé dans les 15 années qui suivent la publication. »

L'article 5 se rapporte à la publication des ouvrages posthumes : « les représentants de l'auteur, dit la section centrale, qui publieront un ouvrage posthume avant l'expiration de 50 ans, à partir du décès de l'auteur, jouiront pendant le même délai, à partir du jour de la publication, du droit exclusif de reproduction. »

Digitized by Google

Le projet du gouvernement accordait à l'éditeur d'un ouvrage anonyme, le droit exclusif de publication pendant 30 ans; la section centrale étend cette disposition aux ouvrages pseudonymes.

Pour les ouvrages faits en collaboration, la section propose, en cas de décès, sans héritiers, d'un des auteurs, de conserver au profit de l'auteur survivant, le droit tout entier.

Le projet du gouvernement garantissait le droit exclusif de l'auteur pour la publication des cours publics, des sermons et autres discours prononcés publiquement. La section centrale fait une réserve pour les journaux à qui elle donne le droit de reproduction. Elle admet également la reproduction d'articles ou d'extraits d'un journal dans un autre, sous la seule condition, pour le journal qui le reproduit, d'en indiquer la source.

Modifiant l'article 10, la section centrale borne à 10 ans, le droit que l'État cède, pour un ouvrage publié par lui, à l'auteur ou à l'éditeur de cet ouvrage. A part cette exception, tout ouvrage publié par l'État tombe dans le domaine public, comme aussi les travaux publiés par les académies et les corps savants.

D'après l'article 15, le droit de représentation publique des œuvres musicales et dramatiques cessera 10 ans après la mort de l'auteur ou du dernier vivant des auteurs.

L'article 16 donne à chacun des auteurs le droit de faire représenter l'ouvrage fait en collaboration. L'article 17 de la section centrale dit : « N'est pas considérée comme atteinte aux droits de l'auteur d'une composition musicale, l'exécution de morceaux détachés de son œuvre. »

L'article 18, donne le droit de représenter un ouvrage dramatique déjà représenté ou d'exécuter une composition musicale déjà publiée ou exécutée, moyennant indemnité.

L'article 21 garantit à l'artiste le droit de reproduire ou d'autoriser à reproduire soit un dessin ou tableau, soit une œuvre de sculpture ou d'architecture ou toute autre œuvre.

L'article 22 porte que la cession d'une œuvre d'art, faite sans aucune réserve, n'emporte pas pour l'acquéreur le droit de la reproduire. Toutefois, à défaut de stipulation contraire, l'artiste est dessaisi du droit de la reproduire sous la même forme artistique.

L'usurpation du nom de l'artiste sur une œuvre d'art est une contravention. L'usurpation frauduleuse de la signature de l'artiste sera punie comme faux en écriture privée.

Digitized by Google

Allemagne. — Le comité permanent de l'*Union* des jurisconsultes (*Juristentag*) allemands avait transmis aux gouvernements le vœu adopté par l'Union, de la rédaction d'un Code civil et d'un Code pénal, applicables à toute l'Allemagne. Le ministre de la justice de Prusse, dans sa réponse au président du comité, s'est montré favorable à ce vœu, qu'il déclare être d'accord avec le sien. Le gouvernement autrichien a fait communiquer au président du comité qu'il était tout disposé à prendre l'initiative d'une proposition, relative à la rédaction d'une législation générale.

Espérons donc que l'Allemagne, qui possède déjà l'excellente loi sur les lettres de change du 24 novembre 1848, qui a obtenu en ces dernières années l'unité des poids et mesures, des monnaies, des communications postales et télégraphiques, va obtenir enfin l'unité de la législation civile, commerciale et pénale. La rédaction d'un Code général de commerce est plus avancée; elle est plus urgente. Celle d'un Code civil et d'un Code pénal viendra après. L'œuvre de l'Assemblée nationale de Francfort, on le voit, ne sera pas ainsi entièrement perdue pour l'Allemagne; elle commence enfin à en recueillir les fruits [1].

Prusse. Le ministre des affaires étrangères, dans un mémoire, adressé aux représentants de la Prusse à l'étranger, et relatif à la question des duchés, cherche à démontrer par des chiffres la supériorité de l'élément allemand sur l'élément danois dans la population du duché de Schlesvig. L'élément allemand des districts mixtes du duché compte 177,000 âmes, le danois, 135,000 seulement. En ajoutant à chacun de ces chiffres 41,000 âmes pour la population des districts non mixtes, c'est-à-dire où la population n'est pas mêlée, on obtient pour le premier élément 218,000, pour le second 176,000. La supériorité de l'élément allemand se manifeste encore avec plus d'évidence dans les villes; une seule de 1,700 habitants a une population purement danoise, tandis que huit, parmi lesquelles figurent Schlesvig et Flensbourg, contiennent une population exclusivement allemande et quatre seulement

[1] V. notre traité de *Droit international public*, page 456; *Revue de droit français et étranger*, tome V, 1848, page 98; tome VI, 1849, pages 419 et 699; *Revue critique*, tome XV, 1859, page 159 (*Du mouvement des idées en Allemagne vers l'unité de législation*, par M. de Valroger fils).

Digitized by Google

(Hadersleben, Apenrade, Tondern et Sonderborg) une population mixte.

La chambre des représentants, dans la séance du 18 février, a adopté une proposition tendante à faire provoquer dans le sein de la diète fédérale, par l'initiative du gouvernement prussien, la suppression des banques de jeu dans tout le territoire de la confédération germanique. Le rapport de la commission dit à ce sujet : « La Prusse a supprimé la banque de jeu établie à Aix-la-Chapelle ; elle a obtenu la suppression de celle qui avait été établie sur sa frontière, à Cöthen. Mais les filets continuent toujours à être tendus aux malheureux joueurs à Ems, aux portes de Coblence, à Wisbaden, aux portes de Mayence, à Hombourg vis-à-vis de Francfort, des milliers d'aventuriers affluent chaque année à Baden, 4 à 5 maisons fonctionnent encore dans la Hesse électorale. La France a aboli les maisons de jeu publiques, mais des fermiers dé jeu français exploitent ces endroits, créés par la Providence pour la guérison de l'humanité souffrante. Le parlement allemand a proscrit les maisons de jeu, les princes allemands les ont réouvertes. Naguère, dans une petite principauté (Waldeck), lorsque 10,000 thalers manquaient pour compléter la liste civile, la diète proposa d'affermer des maisons de jeu à Pyrment et à Wildungen, et le souverain s'empressa d'adopter cette proposition. »

Bavière. M. Pözl[1], au nom de la commission chargée de l'examen de l'affaire relative à la constitution de la Hesse-Électorale, a proposé dans la chambre des représentants de demander au gouvernement d'appuyer auprès de la diète fédérale le rétablissement de la constitution de 1831 et de la loi électorale de 1845, abolie en 1851 par l'électeur. La diète fédérale, avait approuvé cette abolition par une résolution du 27 mars 1852. Une proposition analogue a été votée par la deuxième chambre de Brunswick. On sait que le gouvernement prussien s'est déjà prononcé dans le même sens.

L'Académie des sciences à Munich (section historique) s'est adressée aux sommités scientifiques de l'Allemagne pour la rédaction d'une *histoire générale des sciences en Allemagne.* Elle a confié notamment l'histoire de l'économie politique à

[1] M. Pözl est l'un des directeurs de la *Revue critique de législation,* publiée à Munich, dont nous avons rendu compte dans notre *Revue,* tome VII, 1855, page 473; tome X, 1857, p. 373, et tome XVI, 1860, page 258.

Digitized by Google

M. Röscher, à Leipzig; celle du droit public et de la politique à M. Bluntschli, à Munich; celle de la jurisprudence à M. Jähring, à Giessen.

Duché de Bade. Le roi du Portugal vient de nommer *M. Mittermaier* commandeur de l'ordre royal de Saint-Jacques. On sait que le vétéran de Heidelberg a obtenu de la plupart des souverains de l'Europe de pareilles marques de distinction, en reconnaissance de ses travaux en matière de *législation comparée* [1].

Russie. — Le Conseil de l'empire a adopté, dans sa séance du 9 février, sans modifications, les quatorze articles du projet de loi relatif à l'*émancipation des paysans*, qui consacre les principes généraux de cette grande mesure. Il a modifié, toutefois, la disposition qui confie l'administration communale (*wolostny prawlenie*) à l'élection des paysans, en lui substituant la nomination du chef communal par le seigneur.

Il paraît qu'il a été question de la publication de cette loi le jour anniversaire de l'avénement au trône de l'empereur Alexandre (3 mars), mais elle a été ajournée.

Les étrangers résidant en Russie ne pouvaient acquérir d'immeubles, avant d'avoir obtenu des titres de noblesse. Ils ne pouvaient y exercer ni industrie ni commerce, sans se faire inscrire pour dix ans dans l'une des trois guildes des marchands; en ce cas, ils pouvaient aussi acquérir des immeubles d'une certaine étendue; mais à l'expiration de ce délai, ils étaient obligés de vendre leur établissement commercial ou industriel et leurs immeubles, s'ils ne consentaient à se faire naturaliser Russes. Ils étaient exclus, en outre, de certaines branches de commerce; ils ne pouvaient vendre en gros qu'aux marchands russes. L'Empereur, par un ordre récent, a aboli toutes ces restrictions. Les étrangers pourront désormais entrer librement dans les guildes sur le même pied que les nationaux; les négociants étrangers jouiront de tous les priviléges et de tous les droits appartenant aux négociants russes.

BERGSON.

[1] V. notre *Mémoire sur la vie et les travaux de M. Mittermaier* dans le *Recueil de l'Académie de législ. de Toulouse*, tome IX, 1860, page 51.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL

De la Jurisprudence en matière civile.

Par M. Paul Pont,
docteur en droit, conseiller à la Cour impériale de Paris.

DES QUALITÉS DU CONSENTEMENT EN MATIÈRE DE MARIAGE.

Peu de causes, en droit civil, ont agité, je ne dis pas seulement le monde judiciaire, mais encore l'opinion publique, au même degré que celle sur laquelle il a été statué par la chambre civile de la Cour de cassation le 11 février 1861. Aucune, d'ailleurs, ne saurait mieux justifier, par la nature, l'importance et le puissant intérêt de la question soulevée, les vives préoccupations dont elle a été l'objet et l'émotion profonde qu'elle a excitée.

Il s'agissait de savoir si l'ignorance dans laquelle aurait été une femme, en se mariant, de la condamnation à une peine afflictive et infamante subie par l'homme avec lequel elle s'est mariée, est susceptible de faire annuler le mariage pour erreur dans le consentement.

La Cour de Paris, confirmant un jugement du tribunal civil de la Seine, s'était prononcée pour la négative par un arrêt rendu en audience solennelle le 4 février 1860, et dont il importe de rappeler les motifs.

« Considérant, disait la Cour, que la loi a réduit à l'erreur dans la personne celle qui peut faire annuler l'acte de mariage; — considérant que ces mots « erreur dans la personne » ont un sens plus étendu que ceux « erreur dans l'individu, » qui ont été repoussés par les rédacteurs de l'article 180 du Code Napoléon; que cette dernière expression, si elle eût été admise, n'eût compris que la substitution d'une individualité physique à une autre; que le mot « personne » entraîne la pensée d'une individualité civile; mais que, dans un cas comme dans l'autre, il faut que l'erreur porte sur une personnalité complète et soulève une question d'identité;

« Considérant que, dans la cause, l'individualité de B..... n'était pas mise en question; qu'il s'est présenté au contrat sous son véritable nom, et assisté de sa famille; — que s'il n'a

Digitized by Google

pas fait connaître ses antécédents, il a manqué sans doute à un devoir de loyauté, et a trompé la famille à laquelle il s'alliait sur sa situation et ses qualités, mais non sur sa personnalité physique ou civile;

« Considérant que c'est avec raison que les premiers juges ont déclaré que l'admission de l'erreur sur les qualités, comme cause de nullité du mariage, ouvrirait la carrière à des interprétations périlleuses et troublerait profondément la sécurité des familles; que c'est précisément pour éviter ce danger que la loi a déterminé d'une manière spéciale les causes de nullité du mariage, et n'a pas laissé cet engagement sous l'empire des règles générales établies pour les autres contrats; — Confirme. »

Déférée à la censure de la Cour suprême, cette décision a été cassée le 11 février 1861.

Voici les termes de l'arrêt qu'il importe également de reproduire :

« Vu les articles 146 et 180 du Code Napoléon; — attendu que, s'il résulte de la combinaison desdits articles que la nullité d'un mariage ne peut être prononcée pour cause d'erreur que lorsqu'il y a *erreur dans la personne*, cette erreur doit s'entendre, non-seulement de l'erreur dans la personne physique, mais encore de l'erreur dans la personne civile; — attendu que, lorsqu'une condamnation à une peine afflictive et infamante a diminué la personne civile du condamné, et l'a privée d'une partie notable de ses droits civils et civiques, par application des articles 28 et 34 du Code pénal, il est du droit et du devoir des tribunaux d'examiner, d'après les faits et circonstances de la cause, jusqu'à quel point l'erreur a porté sur des conditions substantielles, constitutives de la personne civile, a pu opérer erreur dans la personne, et par suite vicier le consentement de l'époux trompé; — attendu que, sans entrer dans cet examen, la Cour impériale de Paris a repoussé péremptoirement la demande de la femme B....., par le motif que, pour être une cause d'annulation, l'erreur doit porter sur une personnalité complète et soulever une question d'identité, et que, dans la cause, l'individualité de B..... n'était pas en question; — d'où il suit qu'en jugeant ainsi, l'arrêt attaqué a faussement appliqué et, par suite, violé les articles de la loi ci-dessus visés; — Casse. »

Cette décision a pour elle l'assentiment de l'opinion publique

Digitized by Google

dont elle traduit avec exactitude les impressions et la pensée. C'est incontestable, et c'était reconnu hautement dans une audience récente de la police correctionnelle, à l'occasion d'une poursuite dirigée contre un prévenu qui, en se mariant, avait caché, à la femme qu'il épousait, son passé flétri par des condamnations nombreuses. « Ce mariage, disait M. l'avocat impérial Genreau, par allusion à l'arrêt du 11 février 1861, a été contracté dans des conditions qui se rapprochent beaucoup de celles dans lesquelles la Cour de cassation annulait le mariage d'un forçat, *par un arrêt qui semble un hommage rendu à l'opinion publique.* » (V. le journal *le Droit* des 18 et 19 mars 1861.)

Mais, je dois le dire, et moins que personne je pourrais et voudrais le méconnaître, la solution n'a pas obtenu le même assentiment dans le monde judiciaire : l'avis qui tient pour la validité et le maintien du mariage avait des partisans nombreux, dont la décision de la Cour suprême a trompé toutes les prévisions. Or cette décision ne les a pas ramenés ; ils ne s'avouent pas vaincus ; loin de là, en laissant à la solution qui vient de prévaloir le seul avantage qu'ils ne puissent pas lui refuser, celui du nombre à la faveur duquel elle passe dans la jurisprudence, ils entendent ne faire en cela qu'une concession temporaire ; car pour eux la jurisprudence n'a pas dit son dernier mot ; et, comptant bien que la Cour de renvoi fournira aux chambres réunies de la Cour de cassation l'occasion prochaine de le dire, ils sont convaincus que le triomphe de leurs adversaires n'aura pas de lendemain, et qu'un solide arrêt de *doctrine* répondra à ce que, dans un ironique dédain, ils appellent un arrêt de *sentiment*.

Il ne m'appartient pas d'écrire un seul mot qui trouble cette confiance ; d'ailleurs, je n'ai pas de goût pour la prophétie. Je m'en tiens au présent, et ce que je puis et veux dire, c'est qu'il y a dans l'arrêt du 11 février 1861 quelque chose de plus et de mieux que ce qu'on affecte d'y voir, et que la Cour de cassation a posé, sur les erreurs de consentement, une règle d'appréciation qui, seule, est acceptable, rationnelle, juridique, et qui, à ce titre, peut défier tous les dédains et toutes les ironies.

Et si je dis que l'arrêt vaut par là, ce n'est pas assurément que je ne tienne pas compte de cet assentiment de l'opinion générale, dont les adversaires de l'arrêt affectent, non sans cause,

Digitized by Google

de faire bon marché. Comme la loi elle-même, dans ce qui touche à l'organisation de la famille et à l'institution du mariage, n'est pas autre chose, en général, que l'expression de la conscience publique, il est vrai de dire que les solutions qui semblent se défendre le mieux, dans cet ordre de choses et d'idées, sont celles-là précisément que la conscience publique avoue et proclame; elles ont au moins ce premier et notable avantage que les apparences sont en leur faveur, puisque l'interprétation d'où elles procèdent s'est inspirée à ces instincts de la morale et de la raison naturelle, où la loi prend elle-même ses inspirations. Dites donc de la thèse qui admet comme possible l'annulation du mariage contracté par erreur avec un forçat, que c'est affaire de *sentiment*, je le veux bien; mais je réponds que là tout d'abord est la force de la thèse, et j'ajoute qu'elle a aussi, et en outre, sa force dans les principes du droit et dans l'économie de la loi. C'est à ce dernier point que je veux m'attacher.

Mais avant tout je voudrais bien demander ses titres à la thèse opposée; car enfin elle n'est pas, elle, une thèse de sentiment! Elle ne laisse à la femme, dont le consentement aurait été le résultat de l'erreur, aucun moyen de rompre le contrat; et en la contraignant à rester dans le mariage, et par conséquent à en accomplir les obligations et les devoirs, elle la met dans cette situation cruelle de redouter ce que sa nature et son instinct la portent à désirer par-dessus tout : la maternité qui lui donnerait des enfants flétris à leur naissance, des enfants que l'infamie de leur nom aura condamnés d'avance à vivre dans l'isolement et la réprobation au sein de la société. Certes, la rigueur, l'inflexibilité ne peuvent guère aller plus loin; et c'est bien le moins qu'on demande à cette thèse comment elle se démontre et sur quelles preuves elle établit sa légitimité.

Or j'ai suivi avec une attention scrupuleuse la discussion si ardente, si passionnée même, qui agite les esprits, depuis près de deux ans que la question s'est produite sur le terrain de la jurisprudence [1]; et, il faut bien que je le dise, j'ai vu, du côté des hommes assurément bien éminents, qui ont pris parti pour

[1] Le jugement qui a statué sur la demande en nullité du mariage, et qui a donné lieu successivement à l'arrêt de la Cour de Paris et à celui de la Cour de cassation, a été rendu par le tribunal civil de la Seine le 29 juin 1859.

Digitized by Google

le maintien du mariage, non pas un système solide s'établissant sur des preuves positives, sur des arguments directs, mais une doctrine qui *s'affirme* en vertu de considérations plus ou moins exactes et sur des inductions que la logique ne saurait toujours avouer. Sa donnée même, c'est la tradition; son principe ou son point de départ, c'est l'indissolubilité du mariage; sa raison d'être, c'est l'impossibilité de rencontrer, en dehors d'elle, un point d'arrêt et de fixer une limite pour les erreurs de consentement susceptibles de faire annuler le mariage; son excuse enfin ou sa justification, c'est le tort qu'aurait eu la femme en n'épuisant pas, avant de se marier, toutes les précautions de la prudence humaine.

C'est là tout le système dans son expression la plus complète, quoique fort résumée. J'en reprends les éléments un à un : il faut que chacun dise à son tour ce qu'il est et ce qu'il vaut.

La tradition d'abord! L'argument ici consiste à dire qu'en ce qui concerne les erreurs de consentement, la loi actuelle reproduit et confirme de tous points les doctrines anciennes. Quelles étaient donc ces doctrines? Elles sont indiquées en termes précis par Pothier, dans son *Traité du contrat de mariage*, à l'article 1er de la section relative au consentement des parties contractantes.

Dans le § 1er de cet article, paragraphe où il traite de l'erreur *sur la personne*, Pothier, résumant l'opinion admise de tous temps jusqu'à lui, exprime que l'erreur de l'une des parties, qui tombe *sur la personne même qu'elle se propose d'épouser*, détruit son consentement; que si, par exemple, me proposant d'épouser Marie et croyant contracter avec Marie et épouser Marie, je promets la foi de mariage à Jeanne qui se fait passer pour Marie, il n'y a pas de consentement, et le mariage que j'ai contracté avec Jeanne, que je prenais pour Marie, est nul par défaut de consentement (n° 308). Puis au paragraphe second, où il traite de l'erreur *sur la qualité de la personne*, Pothier ajoute que lorsque l'erreur ne tombe que sur quelque qualité de la personne, cette erreur ne détruit pas le consentement nécessaire pour le mariage et n'empêche pas par conséquent le mariage d'être valable. Par exemple, si j'ai épousé Marie, la croyant noble, quoiqu'elle soit de la plus basse roture; ou la croyant vertueuse, quoiqu'elle se fût prostituée; ou la croyant de bonne renommée, quoiqu'elle ait été flétrie par

Digitized by Google

ustice ; dans tous ces cas le mariage que j'ai contracté avec elle ne laisse pas d'être valable, nonobstant l'erreur dans laquelle j'ai été à son sujet (n° 310).

Voilà la distinction profonde de l'ancien droit : l'erreur *sur la personne même* produit toujours une cause de nullité de mariage ; l'erreur *sur la qualité de la personne* ne la produit jamais [1]. Et Pothier, après avoir formulé la distinction, l'explique et la justifie en ces termes : « L'erreur qui tombe sur la personne même est incompatible avec ce qui est de l'essence du mariage ; car il est de l'essence du mariage qu'il y ait un homme et une femme qui veuillent l'un et l'autre s'épouser ; ce qui ne se trouve pas lorsque la femme que je parais épouser *n'est pas celle que je veux épouser* ; mais il n'est pas de même de l'essence du mariage que la femme que j'épouse ait la qualité que je crois qu'elle a ; il suffit *que ce soit celle que j'ai voulu épouser* » (n° 310).

Ainsi substitution d'une personne à une autre, erreur sur la personne physique, c'est là seulement ce qui pouvait faire annuler le mariage pour erreur de consentement. La simple erreur sur l'état civil, sur la personne civile, n'y aurait pas suffi. Et Pothier s'en explique encore, lorsqu'il dit : « Il y a plus de difficulté à l'égard de l'erreur sur l'état civil d'une personne ; comme si une femme épousait un homme qu'elle croyait jouir de son état civil, et qui est *mort civilement* par un jugement qui l'a banni à perpétuité hors du royaume, ou qui l'a condamné aux galères à perpétuité, d'où il s'est évadé..... Néanmoins, il n'y a ni loi ni canon qui déclare nul le mariage contracté par cette espèce d'erreur : au contraire, il y a des arrêts qui ont déclaré valides des mariages avec des personnes dont on ignorait le bannissement..... ; une sentence de l'officialité de Paris donne congé de la demande d'une femme en cassation du mariage par elle contracté avec un condamné aux galères perpétuelles, qui s'était sauvé des galères, et dont elle ignorait l'état ; et un arrêt du parlement de 1700 casse un ma-

[1] Sauf en un seul cas réglé par la novelle 22, chapitre 10, de Justinien, par les canons et par les décrétales d'Alexandre III et d'Urbain III, celui où le mariage aurait été contracté par erreur avec une personne de condition servile, cas où l'erreur entraînait nullité, bien qu'elle portât sur la qualité de la personne et non sur la personne même. (Pothier, n° 311.)

Digitized by Google

riage que cette femme avait contracté du vivant de ce galérien » (n° 313).

Telle a été l'ancienne jurisprudence sur les erreurs de consentement. Et maintenant, est-il vrai de dire, avec ceux qui se placent sous l'autorité de la tradition, que le Code a voulu consacrer, sur tout cela, les doctrines anciennes, et qu'il les a consacrées?

Si l'on en juge par instinct, tout d'abord, l'affirmative est assurément peu probable. Que l'erreur de consentement susceptible de faire annuler le mariage ait été ramenée, dans l'ancienne jurisprudence, au cas relevé par Pothier, cela se peut concevoir. Sans parler même du principe et du caractère du mariage, acte purement religieux qui, à ce titre seul, ne comportait pas qu'on pût facilement le mettre en question par des demandes en nullité, il y avait le côté de la forme, par lequel les choses se peuvent expliquer. Quand, sous l'influence des canons et des conciles, le mariage pouvait être contracté le plus secrètement du monde, dans la chambre la plus retirée, et n'en être pas moins valable, pourvu que le consentement des époux se fût échangé devant le propre curé et en présence de deux ou trois témoins; quand, à la faveur des facilités et des tolérances de la législation le mariage était parfaitement valable quoique fait par procuration, les substitutions d'une personne à une autre, l'erreur sur la personne physique étaient possibles et pouvaient même être fréquentes : en sorte que la règle qui limitait, dans les termes indiqués, l'erreur de consentement susceptible de faire annuler le mariage, avait sa raison d'être dans ses chances nombreuses d'application. Mais sous l'empire du Code Napoléon, qui fait du mariage un contrat civil, qui n'admet ni mariage secret ni mariage par procuration, qui veut une célébration publique en présence des époux comparaissant de leur personne devant l'officier de l'état civil, le législateur aurait consacré la même règle, et ses prévisions ne seraient pas allées au delà! Il aurait disposé uniquement en vue de la substitution de personne, hypothèse à peu près impossible aujourd'hui, ou du cas d'erreur sur la personne physique, hypothèse absolument irréalisable en présence des dispositions sur les actes de l'état civil, et notamment de l'article 76 qui règle les formes de l'acte de mariage! *A priori*, cela ne semble pas pouvoir être raisonnablement supposé. Et c'est ainsi que l'opinion qui se

Digitized by Google

place sous l'autorité de la tradition et accepte pour point de départ l'idée que le présent n'aurait fait, dans tout ceci, que copier le passé, rencontre tout d'abord devant elle une première impression qui, nécessairement, doit lui être contraire. Cependant venons à la preuve qu'elle produit pour triompher de cette première impression et pour s'établir. Elle invoque d'abord les textes, notamment l'article 180 du Code où il est parlé de *l'erreur dans la personne*, puis les discussions dont le texte a été précédé. Mais, vue de près, la preuve me semble bien incomplète et bien insuffisante.

Le texte, d'abord, rompt lui-même avec la tradition, loin de la suivre et de s'y conformer. Qu'est-ce que nous disait Pothier tout à l'heure? que le mariage contracté par erreur avec un homme frappé de mort civile par l'effet d'une condamnation au bannissement perpétuel ou aux galères à perpétuité, n'en était pas moins maintenu comme valable par la jurisprudence. Or je prends l'article 25 du Code Napoléon, et j'y vois que le mort civilement est incapable de contracter un mariage qui produise aucun effet civil, d'où suit que, sous l'empire de cet article, le mariage contracté par erreur avec un forçat évadé après condamnation à une peine perpétuelle, aurait nécessairement été annulé. Sans doute, la mort civile est abolie aujourd'hui; mais le texte reste pour montrer que ceux qui l'avaient introduit dans le Code n'avaient pas eu la pensée de suivre aveuglément la tradition sur le point dont il s'agit ici.

L'article 180 prouve-t-il le contraire? je ne le crois pas. J'aurai bientôt à montrer comment cet article se combine à merveille avec le système que la Cour de cassation vient de consacrer; la seule chose que j'en veuille dire, quant à présent, c'est que, par son objet même, il se prête assez mal à l'induction qu'on en veut tirer. Car enfin, il faut bien le remarquer, et peut-être n'y a-t-on pas pris assez garde, cet article, sur lequel on fonde toute une théorie touchant les qualités du consentement relatif au mariage et la mesure dans laquelle l'erreur doit se produire pour que le consentement puisse être annulé, cet article n'a pas le moins du monde cette théorie en vue. Il est facile assurément, et c'est très-commode pour la discussion, d'en détacher les mots « erreur dans la personne, » de les prendre isolément et d'en argumenter suivant les nécessités de la controverse. Mais je me reporte au

Digitized by Google

texte, je le prends en son entier, et voici ce que j'y lis : « Le mariage qui a été contracté sans le consentement libre des deux époux, ou de l'un d'eux, *ne peut être attaqué que par les époux, ou par celui des deux dont le consentement n'a pas été libre.* — Lorsqu'il y a eu erreur dans la personne, *le mariage ne peut être attaqué que par celui des deux époux qui a été induit en erreur*[1]. » Or, je le demande, est-ce que cet article est écrit pour dire quelles doivent être les conditions ou les qualités du consentement? est-ce que notamment il a pour objet de dire qu'un consentement entaché d'erreur est un consentement nul? Vraiment non! la chose allait d'elle-même; c'est le droit commun pour les contrats où il s'agit uniquement du tien et du mien; il serait déraisonnable de penser que ce droit commun ne protége pas aussi le mariage, c'est-à-dire le plus sérieux et le plus solennel de tous les contrats. L'article n'est donc pas écrit pour édicter la nullité; il la suppose, et il a pour objet unique d'exprimer que quand le consentement est vicié, la nullité du mariage, qui peut bien être demandée, ne peut cependant l'être que par celui des deux époux dont le consentement est vicié. Ainsi c'est, non point la création de l'action en nullité, mais la limitation de cette action quant à la personne qui peut l'exercer. Y voir autre chose et notamment le prendre comme exprimant une règle relative aux qualités du consentement, c'est en dénaturer la pensée en le détournant de son objet.

Mais, enfin, je laisse au système toutes les facilités qu'il se donne; et par hypothèse, pour les besoins de la discussion, j'admets, contre l'économie même du texte, que l'article 180 a été fait en vue de poser la règle sur les qualités du consentement : tout n'est pas dit encore, et la chose essentielle reste à démontrer, à savoir que cette règle confirme et reproduit celle de l'ancienne jurisprudence. Or ces mots « *erreur dans la personne,* » détachés du texte avec si peu de façons, ne sont pas en eux-mêmes suffisamment explicites dans ce sens; d'autant plus, chose insignifiante comme on le verra plus tard, qu'ils ne reproduisent pas la formule de l'ancienne jurisprudence où il était question de l'erreur *sur* la personne. Il y faut donc suppléer; et c'est dans cette pensée que le système cherche son complément de preuve dans ces discussions dont

[1] V. Locré, t. IV, p. 510. — Fenet, t. IX, p. 167.

Digitized by Google

la loi a été précédée au Conseil d'État, et qui, selon lui, suffiraient à tout expliquer.

Certes, c'est là un témoignage que je pourrais bien récuser *à priori*, même sur la parole de ceux qui l'invoquent. Ils sont en effet les premiers à reconnaître que rien n'est plus confus que la discussion d'où est sortie la disposition de l'article 180; et en effet, à en juger par ce que les Recueils en reproduisent, il est certain que soit par le fait des membres du Conseil d'État dont l'opinion n'aurait pas été suffisamment arrêtée, soit par la faute de ceux qui tenant la plume auraient reproduit les débats d'une manière incomplète et inexacte, la confusion est partout dans cette discussion. Et alors, je pourrais bien demander à ceux qui font appel à de tels débats, comment ils peuvent espérer qu'avec cette confusion ils vont faire la lumière!

Mais enfin ils n'ont pas le choix des moyens; il faut donc les suivre sur le seul terrain où ils puissent se placer.

Je vois, en première ligne, une opinion considérable que je ne veux pas dissimuler. Dans l'Exposé même des motifs de la loi Portalis a dit : « L'erreur, en matière de mariage, ne s'entend pas d'une simple erreur sur les qualités, la fortune, ou la condition de la personne à laquelle on s'unit, *mais d'une erreur qui aurait pour objet la personne même*. Mon intention déclarée était d'épouser une telle personne; on me trompe, *ou je suis trompé par un concours singulier de circonstances, et j'en épouse une autre qui lui est substituée à mon insu et contre mon gré* : le mariage est nul[1]. » A la vérité, Portalis ne restreint pas expressément la nullité à ce seul cas d'erreur; il ne dit pas qu'une erreur moins complète n'entraînerait pas également la nullité du mariage : néanmoins je conviens qu'il y a dans sa formule le reflet de la doctrine résumée par Pothier, de cette doctrine selon laquelle l'erreur *sur la personne même* entraînait toujours la nullité du mariage, tandis que l'erreur sur *la qualité* de la personne ne l'entraînait jamais.

Mais combien sont-ils ceux qui, dans la discussion, parlèrent le langage de Portalis? Bien entendu, on a dit qu'ils furent très-nombreux; et ceci surtout est bien entendu, ce furent les jurisconsultes les plus autorisés et les plus éminents du Conseil d'État qui se prononcèrent en ce sens. On cite Réal, Em-

[1] V. Locré, t. IV, p. 510. — Fenet, t. IX, p. 167.

Digitized by Google

mery, Thibeaudeau, Maleville, Cambacérès [1]. Eh bien ! j'invite le lecteur à vérifier avec moi.

Réal, en présentant le titre du Mariage, à la séance du 26 fructidor an IX, se borne à exprimer un fait, à savoir « que dans la jurisprudence actuelle (celle qui est suivie au moment où l'on discute le Code), l'erreur ne vicie le mariage que lorsqu'elle porte *sur l'individu*, et non quand elle ne tombe que *sur le nom ou les qualités* [2]. » Mais de savoir si la loi proposée va confirmer cette jurisprudence de tous points, et la prendre pour règle, ce qui est précisément la question, Réal ne dit absolument rien; en sorte que voilà un premier témoignage dont il n'est guère permis de s'autoriser [3].

Il en est de même de celui du conseiller d'État Emmery. Répondant à une observation du premier consul touchant l'impossibilité d'admettre que l'époux qui a été trompé *sur le nom* de la personne de son conjoint puisse venir *six mois après* demander la nullité du mariage, Emmery dit que « dans les principes de la législation actuelle (toujours de celle qui est suivie au moment où l'on discute le Code), il y a erreur sur la personne toutes les fois que l'acte de naissance se trouve faux, parce que le mari a consenti à épouser la fille d'un individu déterminé [4]. » Mais il n'ajoute pas un seul mot d'où l'on puisse conclure que d'autres erreurs sur les qualités ne devront pas désormais, indépendamment de celle-ci, être admises également comme susceptibles de faire annuler le mariage.

Quant à Maleville, c'est à son *Analyse raisonnée du Code* qu'on se réfère, et non pas à l'opinion qu'il a exprimée dans la discussion, où en effet il s'est borné, comme Emmery et Réal, à exposer les doctrines anciennes [5]. Or il s'agit ici, non point de discuter ce que tel ou tel auteur a écrit, dans ses traités ou

[1] V. les conclusions de M. l'avocat général de Raynal : Dalloz, 61, 1, 36; *Journal du Palais*, 1861, p. 117.

[2] Locré, t. IV, p. 326. — Fenet, t. IX, p. 15.

[3] A la séance du 24 frimaire an X (Locré, *loc. cit.*, p. 437; Fenet, *loc. cit.*, p. 90), Réal a eu l'occasion de s'expliquer encore sur le projet, mais uniquement pour répondre à une critique de Tronchet, qui, en se fondant sur ce que la seule existence d'un acte matériel *fait qu'il y a mariage* jusqu'à ce que la nullité en ait été prononcée par les tribunaux, pensait que la loi ne devait pas dire : « *il n'y a pas de mariage* lorsqu'il n'y a point de consentement. » Comme on le voit, ceci ne touche pas au point en discussion.

[4] V. Locré, t. IV, p. 440. — Fenet, t. IX, p. 103.

[5] V. Locré, t. IV, p. 441. — Fenet, t. IX, p. 104.

Digitized by Google

commentaires, sur ce qui est en question, mais de rechercher ce que les rédacteurs de la loi ont dit pour l'expliquer.

J'arrive à Cambacérès, et je rencontre ce mot qui, malgré son exagération, est le grand argument des adversaires. « La règle proposée par la section, a dit Cambacérès, est consacrée par une jurisprudence de quinze cents ans[1]. » *Quinze cents ans!* c'était beaucoup dire. Mais voyons : quelle est la règle dont parle le consul? Il est bien permis de le demander, si l'on considère qu'à la séance du 24 frimaire an X, dans laquelle ces paroles ont été prononcées, la discussion embrassait des dispositions dont la division a été votée à cette séance même, et que nous trouvons aujourd'hui distinctement reproduites dans les articles 146, 180 et 181 du Code. Ainsi la discussion portait à la fois d'abord sur ce principe : « il n'y a pas de mariage sans consentement; » ensuite sur cette règle : « il n'y a pas de consentement lorsqu'il y a violence ou erreur sur la personne; » enfin sur cette autre règle : « la nullité résultant de ce qu'il n'y a pas eu consentement ou de ce que le consentement a été vicié est couverte par une cohabitation de six mois. » Il y a quelque raison de penser que c'est à cette dernière règle que Cambacérès songeait lorsqu'il faisait appel à la jurisprudence de quinze siècles, à cette jurisprudence qui de tous temps avait admis que si après avoir connu l'erreur, l'époux trompé consentait à rester avec son conjoint, ce consentement, quoique intervenu après la célébration, réhabilitait le mariage, sans qu'il fût besoin d'une célébration nouvelle[2] : c'est qu'en effet les paroles de Cambacérès suivent et précèdent immédiatement des observations où précisément il s'agit de la réhabilitation, par la cohabitation, d'un mariage contracté par erreur. Mais, s'il en était autrement, il faudrait ne voir dans ces paroles qu'une de ces assertions irréfléchies que les entraînements d'une discussion, confuse entre toutes, pourraient seules expliquer : car Cambacérès lui-même était allé au delà de cette ancienne jurisprudence à laquelle il fait appel, lorsqu'il avait dit quelques instants auparavant[3] « *qu'en général* il y a erreur quand l'un des époux a épousé une autre personne que celle à laquelle il voulait s'unir; qu'on a toujours pensé que

[1] Locré, t. IV, p. 444. — Fenet, t. IX, p. 106, 107

[2] V. Pothier, *Contrat de mariage*, n° 309.

[3] V. Locré, t. IV, p. 442. — Fenet, t. IX, p. 105.

Digitized by Google

l'erreur sur les qualités ne portait pas préjudice au mariage, *comme lorsqu'un citoyen épouse une veuve pour une fille; mais que cependant le consentement est erroné, lorsque l'individu qui l'a donné épouse la fille d'un autre que celui avec lequel il croyait s'allier.* » Par où l'on voit que Cambacérès lui-même admettait comme susceptibles de faire annuler le mariage, sinon d'une manière absolue (en quoi tout le monde doit être d'accord avec lui), au moins dans une certaine mesure, les erreurs, même sur la qualité de la personne.

Enfin, reste Thibaudeau; et, sur ce dernier témoignage, il y a bien autre chose à dire, vraiment, que sur ceux qui précèdent! Thibaudeau a pris la parole à la séance du 4 vendémiaire an X, et il a dit[1] : « Si l'on raisonnait d'un individu dans l'état de nature, dans l'ordre purement physique, on pourrait prétendre qu'il n'y a point erreur de personne quand on épouse la femme dont les charmes et les qualités physiques et morales ont déterminé ce mariage, en un mot identiquement celle que l'on a voulu épouser. Mais il en est autrement dans l'ordre social; car cette femme, comme tous les individus, a des qualités essentielles qui constituent son existence, qui la *personnalisent*, pour ainsi dire; et si, *croyant épouser l'individu qui a ces qualités, on en a épousé une qui ne les avait pas, il y a véritablement erreur de personne...* » J'avoue que je ne sais rien qui s'éloigne plus que cette théorie des principes de l'ancien droit; et si quelque chose peut justement exciter la surprise, c'est de voir qu'on ait cru pouvoir compter au nombre de ceux qui, dans la discussion, auraient présenté le Code comme un écho fidèle de l'ancienne législation, un orateur dont la formule sur l'erreur de consentement susceptible de faire annuler le mariage est tellement compréhensive qu'elle admettrait, comme causes de nullité, des erreurs que pour ma part je regarderais comme ne pouvant pas préjudicier au mariage.

Donc, je constate que, de tous les rédacteurs du Code indiqués par les adversaires de l'arrêt du 11 février 1861 pour prouver la tradition sous l'autorité de laquelle ils se placent, il n'y en pas un seul, à l'exception de Portalis, qui rende complétement le témoignage qu'ils lui demandent, et il y en a même qui rendent un témoignage absolument contraire.

Est-ce tout? Non pas assurément. Et puisqu'on a fait appel

[1] Locré, t. IV, p. 364. — Fenet, t. IX, p. 45, 46.

Digitized by Google

à cette discussion, que pour ma part j'aurais laissée dans l'ombre à cause de sa confusion même, j'y resterai un instant encore et j'y prendrai, pour les opposer aux autorités si contestables qu'on invoque, des autorités qui, celles-là, ne pourront pas être contestées. Je laisse à part l'autorité du premier consul dont l'opinion s'est modifiée au cours de la discussion, et qui, après avoir élargi outre mesure le cercle des erreurs de consentement susceptibles de faire annuler le mariage[1], en est venu ensuite à le resserrer également outre mesure[2].

Mais Tronchet, dont les idées sont restées toujours les mêmes, que dit-il? A la séance du 4 vendémiaire an X, voici comment il s'exprime[3] : « Il a été reconnu que l'erreur annule le mariage; il ne s'agit plus maintenant que de savoir dans quel cas elle opère cet effet. *Or l'erreur dépendant de circonstances qui se diversifient tellement à l'infini que la loi ne peut toutes les embrasser*, la loi ne doit poser que le principe, et ne pas aller jusqu'à déterminer les divers cas où il y a erreur. » A la séance du 24 frimaire an X, il ajoute[4] : « Certainement un honnête homme ne répudierait pas une épouse vertueuse; mais lorsqu'il a été trompé *même sur le caractère*, faut-il qu'il demeure irrévocablement lié? On peut aussi envisager la question du côté de la femme. La laissera-t-on sous le joug du mariage, lorsqu'elle aura été trompée *sur les qualités civiles* d'un mari qui la rend d'ailleurs malheureuse? Tout ceci prouve combien il est dangereux de s'écarter des principes..... *Les principes sont que le consentement fait le mariage, et qu'il n'y a pas de consentement lorsqu'il y a erreur.....* » N'est-ce pas la négation la plus absolue des anciennes doctrines?

Régnier dit de son côté : « On pourrait autoriser les tribunaux à juger si l'erreur a influé sur le consentement; car il est des circonstances où ce serait une extrême rigueur que d'obliger l'époux trompé à demeurer sous le joug du mariage[5]. » Quels rapports y a-t-il entre cette donnée et les principes de la jurisprudence ancienne?.....

Gillet, dans son rapport au tribunat, dit : « Tout ce que

[1] V. Locré, t. IV, p. 326. — Fenet, t. IX, p. 15, 16.
[2] Locré, t. IV, p. 439, 440. — Fenet, t. IX, p. 102, 103.
[3] Locré, t. IV, p. 363. — Fenet, t. IX, p. 45.
[4] Locré, t. IV, p. 445. — Fenet, t. IX, p. 107.
[5] Locré, t. IV, p. 440. — Fenet, t. IX, p. 103.

Digitized by Google

les règles peuvent avoir de véritablement utile se trouve implicitement réservé par les dispositions générales qui assurent pour première base au mariage *l'intégrité du consentement des parties*[1]. »

Boutteville, dans son vœu d'adoption au Corps législatif, s'exprime ainsi : « Pour régler les cas où il y a erreur sur la personne, on a demandé s'il fallait s'attacher aux seules qualités physiques, ou si les qualités morales devaient être également considérées..... *Les décisions de la justice dépendent nécessairement des faits particuliers à chaque espèce. Le plus grand acte de sagesse du législateur est de s'en remettre à celle des tribunaux.* Point de consentement, conséquemment de consentement parfaitement libre, point de mariage. Ce fanal dirigera bien plus sûrement les juges que des idées métaphysiques ou complexes qui ne pourraient faire que les embarrasser ou les égarer[2]. »

Voilà ce que donne cette discussion, à laquelle, encore une fois, je n'aurais pas voulu recourir, et que je laisserai tout à fait à l'écart bientôt, quand j'arriverai à l'exposé et à la justification de la doctrine consacrée par l'arrêt du 11 février 1861. Selon les adversaires de cet arrêt, cette discussion devait préciser la pensée de ces mots « *erreur dans la personne,* » extraits de l'article 180, et la préciser dans le sens restrictif de l'ancienne jurisprudence, d'après laquelle l'erreur sur la personne même, sur l'individu, était seule une cause de nullité. Or la discussion montre que de toutes parts on s'est accordé à reconnaître que même quand elle porte sur les qualités de la personne, elle peut être une cause de nullité. Il est donc permis de dire que, quant au premier des quatre éléments auxquels elle se confie, la thèse que je combats n'a pas fait sa démonstration.

Quelques mots maintenant sur chacun des trois autres.

Après la tradition, c'est dans l'indissolubilité du mariage que cette thèse met son principe.

Mais l'indissolubilité du mariage est-elle ici en question? Sans doute, la loi, s'inspirant de la pensée chrétienne, a voulu faire du mariage un contrat indissoluble; mais elle a admis en même temps l'annulation possible du mariage, tellement qu'il y a dans le Code un chapitre spécial statuant sur les demandes en nullité. C'est qu'en effet les deux choses ne s'excluent en aucune

[1] Locré, t. IV, p. 532. — Fenet, t. IX, p. 185.
Locré, t. IV, p. 553. — Fenet, t. IX, p. 201.

Digitized by Google

manière; l'homme du monde s'y trompera peut-être : le jurisconsulte, qui doit voir de plus haut, ne peut ou ne doit pas s'y tromper. Il doit sentir et comprendre que l'annulation d'un mariage, dans tel ou tel cas donné, laisse toujours intact le principe de l'indissolubilité, par cette raison toute simple que le vice qui a déterminé la nullité a fait du rapprochement des époux prétendus une union momentanée qui n'est pas le mariage, et que quand, dans la réalité du fait, il n'y a pas mariage, il ne saurait être question du principe de l'indissolubilité. Ainsi, quand une femme vient demander à la justice de rompre l'union qui, par suite d'une erreur de consentement, a été formée entre elle et un forçat libéré, c'est confondre des choses qu'il faut soigneusement distinguer, que lui opposer le principe de l'indissolubilité du mariage; car dans le procès qu'elle soumet à la justice il s'agit, non pas de dissoudre un mariage, mais uniquement de savoir s'il y a eu consentement et par conséquent si un mariage a été réellement contracté. Il faut donc retrancher du système cet autre élément qui, à aucuns égards, n'en justifie les conclusions.

M'arrêterai-je maintenant au troisième qui met en avant la nécessité de l'exemple et la légitimité de l'expiation? Au point de vue d'une justice exacte, le système est en cette partie ce qu'on comprend le moins et ce qu'on peut le moins accepter. Que dit-on en effet? Selon l'expression du savant magistrat qui portait la parole au nom du ministère public devant la chambre civile de la Cour de cassation, « il faut craindre de multiplier les mariages trop légèrement contractés et de favoriser l'aveuglement trop commun, quand la passion nous entraîne; il faut que de tristes et solennels exemples viennent prouver que le mariage est chose sainte et redoutable tout à la fois, et qu'avant de le contracter toutes les précautions de la prudence humaine doivent être épuisées [1]. » Mais voici une première question qui se présente à l'esprit, et que la marche ordinaire des choses, les conditions habituelles de la vie permettent bien de s'adresser. La prudence humaine, même chez ceux qui étaient disposés à la pousser le plus loin, est-elle allée jamais jusqu'à prévoir ou supposer que tel homme qui s'est présenté comme prétendant dans la famille peut bien avoir été flétri par la justice? Et quand rien au monde n'a pu faire que

[1] V. les conclusions de M. l'avocat général de Raynal, *loc. cit.*

Digitized by Google

l'attention se dirigeât de ce côté, la prudence humaine est-elle allée jamais jusqu'à inspirer la pensée de recourir aux moyens spéciaux et propres à mettre à découvert un passé judiciaire? Vraiment on n'y avait pas encore songé! Habituellement le père de famille cherche à s'éclairer sur le caractère, les mœurs, les habitudes, les relations, la fortune ou les ressources de celui qu'il veut prendre pour gendre; en connaît-on beaucoup, même parmi les plus sages et les plus prévoyants, qui aient cru devoir prendre, par supplément, un extrait du casier?

Cependant voyons le système dans ce qu'il est : l'erreur dont se plaint la femme mariée avec un forçat est le résultat d'un tort, d'une faute, d'un défaut de prévoyance; et il importe qu'à titre d'enseignement et de peine à la fois la plainte ne soit pas écoutée. Mais alors voici l'inconcevable résultat auquel on aboutit. A qui la faute est-elle imputable? Assurément ce n'est pas à la femme, qui, dans les cas ordinaires du moins, n'a eu, au moment de son mariage, qu'à s'en remettre à la prudence et aux soins de sa famille, et s'en est tenue à accueillir l'homme qui lui a été choisi pour mari. Si donc les antécédents judiciaires de cet homme ont été ignorés, la faute en est à la famille d'abord, qui a négligé de prendre les moyens propres à l'éclairer, ensuite et surtout à cet homme lui-même qui, parfaitement édifié sur ces antécédents, a eu la déloyauté de ne les pas faire connaître. Telle est la situation. Et pourtant, quand la femme, pour se soustraire aux conséquences de l'erreur dont elle est victime, vient ensuite demander à la justice de rompre le mariage odieux qu'on lui a fait contracter, voilà que le système de l'inflexibilité se tourne contre elle, et que prenant parti pour le mari, il soutient avec lui la validité du mariage, lui donne gain de cause, à lui auteur principal de la faute, et réserve toutes ses rigueurs pour la femme qui n'y a eu aucune part! Évidemment les nécessités sociales que l'on met en avant n'expliquent pas de telles iniquités; et certes, si le système en était réduit à se soutenir par ce moyen, il n'aurait aucune chance de se faire admettre.

Mais il lui reste son argument décisif, sa raison principale et même, on peut bien le dire, sa raison unique. Si l'erreur de la femme qui s'est mariée avec un forçat est suffisante, dit-on, pour faire annuler le mariage, la voie est désormais

Digitized by Google

ouverte à toutes les erreurs de consentement; il devient impossible de rencontrer un point d'arrêt et de fixer une limite, en sorte que les juges ne sachant plus où s'arrêter, c'en est fait de la stabilité des mariages. Cela est-il décisif, cela est-il concluant? Je dis que non, et quant à moi je fais à l'argument le triple reproche d'être inexact en lui-même et dans son point de départ, de prendre pour appui la supposition d'un danger purement imaginaire, et de n'être pas juridique dans sa tendance et dans sa donnée.

L'argument est inexact en lui-même, car conclure de l'admission de la demande en nullité de mariage contracté par erreur avec un forçat à l'impossibilité de fixer une limite, c'est méconnaître la vérité des choses. La loi elle-même, par les expressions dont elle se sert, indique cette limite de manière à écarter toutes les exagérations, et j'aurai à montrer tout à l'heure que l'action exercée par la femme, dans le cas donné, est en deçà de la limite indiquée.

L'argument a pour appui la supposition d'un danger imaginaire; et en effet nous vivons sous l'empire du Code depuis près de soixante années, pendant lesquelles on n'a pas cessé de disserter sur les conditions et les qualités du consentement relativement au mariage. Il n'y a pas de livre de droit dans lequel on ne trouve reproduites les théories que de part et d'autre on invoque dans la controverse qu'a fait naître la question résolue par l'arrêt du 11 février 1861; cette question elle-même y est spécialement discutée, et même, il est bon de le dire en passant, la solution que la Cour de cassation consacre aujourd'hui est celle qui réunit en sa faveur le plus grand nombre de suffrages [1]. Or consultez les recueils de jurisprudence, et vous verrez que dans cette période de plus d'un demi-siècle on compte à peine, pour tous les tribunaux et pour toutes les Cours de l'empire, cinq ou six affaires ayant pour objet des demandes en nullité de mariage pour erreur de consentement!

[1] V. en ce sens MM. Toullier, t. I, nos 515 et suiv.; Delvincourt, t. I, p. 157; Duranton, t. II, nos 56 et suiv.; Marcadé, art. 180, no 5; Bugnet sur Pothier, t. VI, p. 134; Allemand, nos 164 et suiv.; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. I, § 12, p. 206, note 4; Demante, *Cours anal.*, t. I, 2, 262 *bis*; Devilleneuve, *Collect. nouv.*, t. III, part. 2, p. 588, 589; Demolombe, t. III, no 253; Thiercelin, journal *le Droit*, numéro du 20 décembre 1860.

Digitized by Google

Qu'est-ce à dire? Qu'il faut mettre à l'écart toutes ces craintes plus ou moins sérieuses qui se produisent au nom de la stabilité des mariages : à cet égard, le passé répond pour l'avenir, et certainement ce n'est pas parce que l'arrêt du 16 février 1861 inscrit aujourd'hui dans la jurisprudence la solution qui dominait déjà dans l'opinion des auteurs, que l'erreur de consentement donnera lieu à des demandes en nullité plus fréquentes et moins avisées.

L'argument, enfin, n'est pas juridique; et en effet il suppose la possibilité pour les juges de rejeter une demande en considération des inductions exagérées que l'intérêt individuel pourrait tirer de la décision si la demande était admise. Or quoi de plus inadmissible que cette sorte de fin de non-procéder d'invention nouvelle, par l'effet de laquelle il n'y aurait pas de prétention, même parmi les plus justes et les plus légitimes, qui ne fût exposée à être écartée *à priori*, sans examen, et par des causes qui lui seraient absolument étrangères! Évidemment chaque procès doit être jugé en lui-même et pour lui-même; c'est le vœu de la loi, et elle y pourvoit tant par les textes qui punissent le déni de justice comme abus d'autorité (C. Nap., art. 4; C. pén., art. 185), que par celles qui défendent expressément aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises (C. Nap., art. 5).

Si donc une femme demande aujourd'hui à la justice de rompre, pour erreur de consentement, le mariage qu'elle a contracté avec un forçat libéré, dans l'ignorance de la condamnation afflictive et infamante subie par celui qu'elle avait accepté pour mari, il ne suffit pas, pour repousser sa prétention, d'entrevoir que d'autres pourront demain demander la nullité du mariage, celle-ci parce qu'elle a ignoré, en se mariant, que son mari avait été frappé d'une condamnation correctionnelle; celui-là parce qu'ayant cru se marier avec une femme vertueuse, il a pris pour épouse une femme de mœurs dissolues; etc. Le sens intime, la raison, le droit, la justice, tout se réunit pour répondre à cela que ce dont il s'agit avant tout, c'est d'apprécier la prétention qui se produit aujourd'hui, de l'apprécier en elle-même, de voir ce qu'elle vaut, sans se préoccuper des demandes qui pourront se produire demain, lesquelles, si elles se produisent en effet, seront appréciées en

Digitized by Google

elles-mêmes à leur tour. A chaque jour suffit sa peine; à chaque cause, son individualité.

Je prends donc cette prétention en elle-même, et j'arrive ainsi à l'exposé et à la démonstration du système que la justice et le droit à la fois commandent de substituer aux affirmations fort tranchées, sans doute, mais peu justifiées, de la thèse opposée. PAUL PONT.

(*La suite à la prochaine livraison.*)

ETUDE SUR LES PRIVILÉGES ET HYPOTHÈQUES.

Par M. Sévin, conseiller à la Cour de cassation.

DEUXIÈME ARTICLE[1].

Questions diverses sur les priviléges.

Article 2101.

En tête des priviléges, le Code a placé avec raison celui pour *frais de justice;* ils ont pour objet la réalisation du gage commun; sans ces frais, il n'y aurait rien à distribuer. Aussi a-t-on proposé, pour bien définir et limiter ce privilége, de l'appliquer seulement aux *frais faits pour la vente, la réalisation ou la liquidation des choses dont le prix est à distribuer.*

Ce n'est donc pas un privilége général, à proprement parler, mais un ensemble de priviléges particuliers : tel privilége sur les meubles saisis au domicile d'un locataire ou d'un fermier; tel privilége sur les créances saisies-arrêtées; tel autre sur les objets donnés en gage, sur les effets d'un voyageur décédé à l'auberge, sur le cautionnement d'un fonctionnaire, etc. Pigeau classait les frais de justice dans les priviléges *réels*[2] avant les frais faits pour la conservation de la chose, et par un motif semblable, plusieurs Cours et Facultés, consultées en 1841, adoptaient la même classification, et ne laissaient dans les pri-

[1] V. *Revue critique*, tome XVI, page 493.
[2] *Procédure civile du Châtelet*, tome Ier, page 681.

Digitized by Google

viléges généraux que les frais de justice, utiles à tous les créanciers sans exception; il serait plus exact de dire : les frais de justice s'appliquant à l'ensemble des biens du débiteur. C'est ce que fait observer M. Paul Pont (p. 43, n° 68), décidant que ce privilége est tantôt général, tantôt spécial. Il faut donc ici une rédaction nouvelle et plus précise.

Les *frais funéraires* doivent-ils comprendre les habits de deuil de la veuve, des enfants, des domestiques? On s'étonne que l'affirmative ait pu être soutenue sous l'ancien droit, en présence de l'acte de notoriété du Châtelet, de 1692. Qu'on n'ait pas suivi à la rigueur la fixation des frais funéraires à 20 francs, on le comprend; mais cette fixation indiquait assez que le privilége ne s'accordait qu'aux frais *nécessaires* de sépulture, et non au deuil de la femme assuré par d'autres dispotions de loi. Pareillement, sous le Code Napoléon, l'article 1481 qui met le deuil de la femme à la charge des héritiers du mari, et qui le règle d'après la fortune de celui-ci, ne peut guère imposer cette charge aux créanciers légitimes, victimes de l'insolvabilité de leur débiteur, décédé sans fortune. C'est l'avis de M. Troplong, conforme à celui de Grenier, de Merlin, de Zachariæ, de Dalloz. Il conviendrait donc, pour faire cesser la controverse, de rédiger ainsi le paragraphe de l'article 2101 : — *Les frais funéraires nécessaires*, ou bien : *Les frais de sépulture.* La loi de brumaire an VII parlait de *frais d'inhumation.* Si la famille, par piété ou autrement, veut faire davantage, elle payera, mais non pas les créanciers. Le corbillard des pauvres ne déshonore personne.

Il serait bon de trancher aussi une controverse qui existe entre les auteurs sur ce qu'on doit entendre par frais de dernière maladie. M. Troplong (*Priv. et hyp.*, t. I, n° 137), d'accord avec l'ancienne jurisprudence qu'il résume très-complétement, n'accorde le privilége que pour la maladie *dont le défunt est mort.* M. Paul Pont (n° 76) est d'un avis opposé : il argumente de la rédaction de l'article 2101 (les frais *de la* dernière maladie), par opposition à l'article 385 (les frais *de* dernière maladie), pour donner plus d'étendue au privilége de l'article 2101, et pour l'appliquer même à la dernière maladie *dont le débiteur a guéri.* D'un autre côté, la commission législative de 1849-51 proposait, dans un sens tout opposé, d'ajouter au projet du gouvernement (frais de dernière maladie) la particule *la*,

Digitized by Google

pour bien marquer que l'article ne s'appliquerait qu'à la maladie qu'on pourrait avec certitude nommer la dernière, celle à laquelle le malade a succombé. Qui faut-il croire?

Je ne pense pas que le Code ait rien voulu changer à l'ancien droit, dont la doctrine était bien connue, et sur lequel pas un mot n'a été dit dans la discussion. Ce serait donc une innovation que d'étendre le privilége aux frais de la maladie guérie avant la déconfiture ou la faillite. Cette innovation pourrait se défendre par de bonnes raisons; non pas sans doute par celle qu'on a donnée en forme de plaisanterie, qu'il ne fallait pas intéresser le médecin à tuer son malade, mais par la similitude de soins, quel qu'en soit le résultat. On peut cependant répondre, avec Brodeau, « qu'à l'égard des maladies guéries, celui « qui fait crédit au débiteur suit sa foi, rentre dans le droit « commun et renonce tacitement à son privilége. » Ajoutons que, pour ce privilége comme pour plusieurs autres, les mœurs et les habitudes ont changé, qu'on ne fait plus guère aujourd'hui de ces longs crédits qui, autrefois, étaient presque commandés par l'usage et les convenances. Disons encore, à l'honneur des membres du corps médical, qu'ils entendent autrement que du temps de Molière l'exercice de leur noble profession, et que, lorsqu'ils secourent un malade, ce n'est pas en vue du privilége qu'ils espèrent obtenir sur ses créanciers.

On peut peser ces considérations; mais le législateur devra opter.

Dans tous les cas, le privilége ne devra pas s'étendre au delà du temps fixé par l'article 2272 pour la prescription. C'est ce qu'exprime l'article 2156, n° 3, du Code civil de Sardaigne :

« Les frais de la dernière maladie, pourvu qu'on n'y com- « prenne jamais ceux faits plus d'une année avant le jour du « décès. »

Salaire des gens de service. — N'est-ce pas beaucoup accorder à cette classe de privilégiés que de les faire marcher avant tous les autres créanciers pour une année échue et l'année courante de leurs gages, c'est-à-dire pour une somme qui peut s'élever à près de deux années? Au temps où la jurisprudence a établi cette règle, on ne connaissait que la location des domestiques par année. C'est aujourd'hui le cas le moins fréquent, et les gens de service ne font pas de si longs crédits. Le projet de Code civil présenté au Conseil des Cinq-Cents par Camba-

Digitized by Google

cérès, le projet de l'an VIII élaboré par la commission du gouvernement, n'accordaient que six mois de privilége. C'est aussi ce qui avait été proposé lors de l'enquête de 1841 pour les domestiques ruraux, dont les gages représentent le travail qui a été employé à produire la récolte, et sont à ce titre préférables au propriétaire (art. 2102, 1°). — Ne serait-ce pas absorber, dans ce dernier cas, le meilleur gage des créanciers, la récolte de l'année, que de la soumettre au privilége des domestiques pour leurs gages de l'année précédente? C'est ce que Pothier voulait éviter en restreignant le privilége aux domestiques *de ville;* mais cette distinction ne pourrait être faite aujourd'hui. On serait donc conduit à restreindre, d'une manière générale, la dispostion de l'article 2101 à une durée de six mois ou un an, qui est celle de la prescription des salaires (art. 2271 et 2272). Et cela n'aurait aucun danger sérieux : personne ne connaît, plus tôt que les domestiques, la gêne ou la déconfiture de leurs maîtres; ils sauront bien se faire payer à temps.

Reste, pour épuiser la nomenclature de l'article 2101, la *fourniture de subsistances* au débiteur et à sa famille. Le Code avait établi, sur ce point, une différence entre les marchands en gros et les fournisseurs en détail. On paraît d'accord pour faire disparaître cette différence; la loi belge l'a décidé ainsi; le projet de loi, discuté en 1851, réduisait uniformément à six mois la durée de ce privilége. C'est assez; je l'ai déjà dit, les longs crédits ne sont plus dans nos habitudes, et il faut craindre d'absorber, par trop de faveur accordée aux créanciers privilégiés, le gage de ceux qui sont bien voisins de causes de faveur à peu près semblables. Si le boulanger et le boucher sont nécessaires, ne leur sacrifions pas trop facilement les fournisseurs de vêtements, de chauffage, d'éclairage, de blanchissage[1]..... Car on n'est pas généralement d'accord pour être aussi généreux que M. Paul Pont, qui admet toutes ces choses dans les subsistances proprement dites (n° 92), ce qui serait peut-être un autre inconvénient, car à privilégier tout le monde il n'y aurait plus de privilége pour personne.

J'ai passé en revue tous les priviléges généraux ou personnels dont l'article 2101 contient l'énumération. Il me reste à poser la question de savoir si cette énumération est complète,

[1] Le Code prussien, la loi du canton de Vaud, accordent privilége aux tailleurs et aux cordonniers.

Digitized by Google

et s'il ne conviendrait pas d'y ajouter quelque chose : je veux parler des droits des femmes et des droits du trésor.

Les droits des femmes mariées sont uniquement protégés aujourd'hui par une hypothèque légale sur les biens de leurs maris; hypothèque qui peut être purgée par les acquéreurs de ces biens au moyen de formalités qui paraîtraient ne pas les garantir suffisamment. Quoi de plus sage, en effet, que ces réflexions de M. de Vatimesnil :

« Quand un possesseur d'immeubles éprouve une déconfiture « inattendue, par laquelle il est en quelque sorte foudroyé, sa « femme ou ses pupilles exercent leurs droits hypothécaires « au rang déterminé par la loi, parce qu'alors on ne manque « guère de prendre inscription dans leur intérêt, et ordinaire- « ment ils sont payés de ce qui leur est dû.

« Mais lorsque, au contraire, le mari ou le tuteur se ruine « peu à peu, et vend successivement ses immeubles, il est rare « que la femme ou les mineurs ne subissent pas une perte, soit « totale, soit partielle. A chaque vente, la purge légale s'opère; « on ne prend pas d'inscription du chef de la femme ni du chef « des pupilles, parce qu'on ne veut pas porter de perturbation « dans les affaires du vendeur; et ainsi le gage immobilier des « incapables leur échappe graduellement, de manière à ne leur « laisser aucun ou presque aucun moyen de recouvrement de « leurs créances. »

Il faut convenir que les femmes mariées, à qui l'on a voulu laisser la garantie de l'hypothèque légale créée en leur faveur par notre ancien droit, se trouvent aujourd'hui moins protégées qu'elles ne l'étaient avant les lois nouvelles, non-seulement à raison de l'insuffisance des formalités de la purge et de la facilité de faire disparaître leurs hypothèques, mais encore et principalement, à cause des changements survenus, ainsi que je l'ai déjà indiqué, dans la nature des fortunes et dans le caractère légal des différentes espèces de biens.

Dans l'ancien droit, l'hypothèque légale pouvait suffire aux femmes; elle était, quoique sous le même nom, beaucoup plus étendue qu'elle ne l'est aujourd'hui; elle affectait, dans certaines coutumes, les meubles eux-mêmes, sinon quant au droit de suite, du moins quant au droit de préférence; elle frappait partout les immeubles, et la loi d'alors réputait immeubles presque toutes les valeurs importantes qui, sous le nom d'*im-*

Digitized by Google

meubles incorporels, constituaient la fortune de tant de familles; — les droits de rentes foncières, de censives, de fiefs, même les droits de justice; — les rentes constituées dans les coutumes qui les réputaient immeubles; — les offices domaniaux et les offices vénaux de judicature et de finances [1].

C'était, en d'autres termes, hypothéquer aux femmes presque tous les biens de leurs maris. Or une grande part de ces biens, ou n'existent plus, ou se sont transformés en valeurs que la loi actuelle qualifie de mobilières, et soustrait par conséquent à la garantie des femmes mariées. Et précisément ces valeurs mobilières de nouvelle création sont celles qui prennent le plus de développement, le plus d'importance relative. On n'a donc conservé aux femmes, en leur conservant l'hypothèque légale de la coutume de Paris, qu'une sûreté infiniment moindre : à un privilége presque général on a substitué une préférence partielle sur des choses relativement modiques, avec le danger de la voir facilement s'évanouir par un moment de négligence, d'imprudence et d'oubli.

Ajoutons que, dans certaines coutumes, la femme ne pouvait aliéner ses biens qu'à la charge de remploi, ce qui diminuait pour elle les chances de ruine résultant des dissipations de son mari, et que, dans une partie de la France, le sénatus-consulte Velléien était resté en vigueur, et s'opposait à ce que les femmes, en s'obligeant pour autrui et notamment pour leurs maris, perdissent, par un acte imprudent de leur volonté, les garanties que la loi leur accordait sur les biens de leurs maris. Rien de tout cela n'existe à présent. Diminution de sûreté, et facilité plus grande de la perdre, tel est le résultat de la législation actuelle comparée à la législation précédente.

Cette situation fut sentie lors des discussions qui précédèrent le Code Napoléon. La Cour de Lyon, organe d'un pays de dotalité, mais d'une dotalité raisonnable et mitigée par les besoins de l'industrie et du commerce, voulait qu'on rendît aux femmes mariées, par un privilége sur les valeurs mobilières de leurs maris, l'équivalent de ce que leur enlevaient les lois nouvelles. Elle proposait de placer ce privilége au dernier rang, dans les termes suivants :

« 11° La femme non commune en biens, ou séparée de biens,

[1] Pothier, *Traité de l'hypothèque*, chap. 1er, sect. 2, § 1er.

Digitized by Google

« soit par contrat de mariage, soit par jugement, a un privilége « sur tous les biens meubles de son mari, dans tous les cas où « la loi lui accorde l'hypothèque légale sur les immeubles, à la « charge de donner caution de rapporter le montant des gains « de survie, si elle prédécède son mari, et d'en payer pendant « qu'il vit l'intérêt aux autres créanciers; elle a même le droit « d'empêcher la vente des meubles de son mari, en les prenant « au prix de l'estimation, à la charge de payer tous les créan- « ciers privilégiés à elle, et de rapporter aux autres l'excédant « s'il y a lieu. »

Pour justifier cette disposition, le tribunal d'appel de Lyon disait (Fenet, t. IV, p. 229) :

« Dans tout le ressort du tribunal d'appel de Lyon, et dans « la majeure partie de la République, les femmes ont, pour « leur dot et leurs reprises, un privilége sur les effets mobiliers « de leur mari, qui s'étend même sur les dettes actives et sur « tout ce qui est réputé mobilier, sauf les restrictions dans les « cas où les maris ont des sociétés de commerce, ou autres « restrictions qui forment un article additionnel au titre *de la* « *société*.

« Ce privilége, fondé sur les lois romaines et sur le texte de « plusieurs coutumes ou statuts locaux, ne diffère, dans les dé- « partements qui l'admettent, que par la manière de l'exercer. « Dans quelques-uns il s'exerce comme hypothèque; dans d'au- « tres, par un droit qu'on nomme d'*insistance* : la femme reste « en possession des meubles jusqu'à ce que les autres créan- « ciers l'aient payée.

« A Lyon, il s'exerce conformément au projet qu'on proposera « ci-après, chapitre 2. — Partout il est subordonné aux privi- « léges préférables, et ne s'exerce qu'au rang qui lui sera ci- « après assigné.

« Les motifs de ce privilége sont :

« 1° Qu'en général la femme et ses parents, quand ils con- « fient la dot, ont en grande considération le mobilier du mari, « surtout s'il est banquier, marchand, artisan ou capitaliste;

« 2° Que la loi doit favoriser les dots, afin d'encourager les « mariages par l'espoir de la subsistance de la commune famille;

« 3° Qu'il y a une sorte d'inhumanité à chasser de la maison « et à priver des meubles les plus nécessaires une femme et de « malheureux enfants;

Digitized by Google

« 4° Que puisqu'on fonde des priviléges sur l'équité, il doit « bien être accordé à la femme une préférence sur de simples « prêteurs, dont la créance est plus récente, moins certaine, « quelquefois suspecte.

« On demande la conservation de ce privilége. »

Cette demande était conforme à l'un des projets préparatoires du Code civil. Celui de Cambacérès, présenté au Conseil des Cinq-Cents, comprenait, parmi les créances privilégiées sur les meubles (art. 1102) et au dernier rang, *les reprises des femmes sur les biens de leurs maris.*

Mais cette disposition disparut lors du travail de l'an VIII, émané de la commission du gouvernement. Sans doute on l'écarta comme un écho des traditions dotalistes des pays de droit écrit, qui avaient complétement disparu du projet de la commission, au point que le régime dotal n'y était pas admis, même à titre d'exception. On crut avoir satisfait à toutes les nécessités lorsque, par une transaction entre le droit écrit et le droit coutumier, on eut adopté ce dernier ou le régime de la communauté comme le droit commun de la France, avec faculté aux parties d'y déroger par des conventions spéciales qui pouvaient aller jusqu'à l'adoption du régime dotal. On crut, sauf les prohibitions de ce dernier régime, que les femmes mariées seraient suffisamment protégées par les garanties qu'on leur accordait sous le nom identique, mais en réalité bien moins étendu que l'hypothèque légale de la coutume de Paris.

Il arriva cependant qu'on s'aperçut de l'insuffisance de ces garanties, et alors on essaya de trouver dans le Code, par voie d'interprétation et par autorité de jurisprudence, ce qui n'y était pas sans doute, puisque la Cour de cassation, par son célèbre arrêt des chambres réunies, du 16 janvier 1858, a décidé, après avoir longtemps jugé le contraire, que la femme n'avait pour l'exercice de ses reprises qu'une créance non privilégiée sur le mobilier de sa communauté, et non pas un droit de propriété, comme on l'avait soutenu.

Je suis loin de combattre ce retour de jurisprudence. Mais n'en résulte-t-il pas la preuve de l'insuffisance des garanties accordées à la femme par la loi actuelle, que l'on peut croire enfin souverainement interprétée? N'y avait-il rien de légitime dans la tendance première de la Cour de cassation, dans les aspirations des Cours qui avaient donné le

Digitized by Google

signal d'une interprétation extensive favorable à la femme?

La dame Moinet, qui a perdu son procès devant les chambres réunies, demandait à exercer un privilége ou un prélèvement sur le prix de la charge de notaire de son mari, c'est-à-dire sur un office qui, dans l'ancien droit, aurait été, en sa qualité d'immeuble, affecté de son hypothèque légale; est-il une démonstration plus évidente de l'affaiblissement des droits des femmes mariées, opéré par le changement de législation, par la transition de la coutume de Paris au Code Napoléon?

Je voudrais donc que le législateur fût mis en demeure d'aviser. Je voudrais que l'on cherchât le moyen de rétablir au moins l'égalité entre les deux régimes dont l'expérience a été faite; de rendre à l'hypothèque légale au moins l'étendue qu'elle avait quand on s'en est contenté en faveur des femmes mariées.

Il existe des exemples analogues dans quelques législations étrangères.

Le Code bavarois (loi sur l'ordre des créanciers, au titre *des Priviléges*, classe 4) accorde un privilége à la femme *pour sa dot, son apport et les dons nuptiaux qui lui ont été faits;*

Le Code prussien (classe 1re, n° 9) *pour l'apport dotal de la femme;* et le droit qui lui est attribué semble un droit de propriété plutôt qu'un privilége proprement dit;

Le Code de la Louisiane (art. 3221) classe *la dot de la femme* après les priviléges généraux, qui sont les mêmes que ceux de notre article 2101;

Le Code civil de la Toscane (art. 404) donne privilége à la femme pour sa dot;

Enfin la loi du canton de Glaris, par une combinaison originale de la protection due à la femme et de la coopération de celle-ci aux choses du mariage, lui accorde privilége seulement *pour la moitié de sa dot.*

Il y a là, sans doute, matière à étude sérieuse, et peut-être éléments d'une solution utile et équitable.

Faut-il, en outre, ajouter à l'article 2101, pour le compléter, l'énumération des priviléges appartenant au trésor public?

Le Code Napoléon s'est contenté, par son article 2098, de renvoyer aux lois spéciales sur la matière, en posant seulement la règle de non-rétroactivité. On conçoit le parti pris à cet égard par les législateurs de 1804 : au moment où leur œuvre fut votée, surtout au moment où elle fut discutée, on était dans

Digitized by Google

l'enfantement et la réorganisation de toutes choses ; beaucoup d'impôts au recouvrement desquels on aurait dû pourvoir, ou n'existaient plus, ou étaient sur le point d'être établis ; les matières qui auraient donné naissance aux priviléges du trésor attendaient encore leur codification : que pouvait-on faire de stable et de définitif dans un pareil état de choses ?

Mais depuis, tout a marché ; des lois successives, modifiées à mesure des besoins, ont défini et assuré les droits et les priviléges du trésor. Il est possible de compléter et d'ordonner la législation sur ce point, de reviser ou confirmer les lois éparses, de les rapprocher des dispositions du Code Napoléon, afin de composer un tableau d'ensemble de toutes les causes qui font exception à la règle des articles 2092 et 2093, qui déclarent tous les biens d'un débiteur affectés comme gage commun à ses créanciers.

C'est ce qu'ont fait presque toutes les nations qui jouissent des bienfaits de la codification. C'est ce que portaient les projets successifs présentés par Cambacérès, tant à la Convention qu'au Conseil des Cinq-Cents : les contributions publiques, alors si simplifiées par les décrets de l'Assemblée constituante, auraient été privilégiées pour l'année échue et l'année courante, mais seulement après la majeure partie des autres priviléges. Lorsque l'on régla plus tard les droits du trésor, ces droits étaient moins simples, et pour plusieurs d'entre eux on dut se montrer plus prévoyant, plus fiscal.

Pour les *contributions directes*, on accorda le privilége le plus étendu et le plus favorisé. Considérées comme prime d'assurance de la libre possession des biens et de la sécurité sociale, ces contributions durent être prélevées avant tout et sur tous les biens [1] ; on ne les possède que sous la condition de cette part mise en commun pour la conservation du surplus. Le seul prélèvement, plus favorable encore, que la nature des choses força d'autoriser, fut celui des frais de justice nécessités par la liquidation et la réalisation du gage (Grenier, n° 305). Au surplus, tout fut organisé pour assurer au trésor la rentrée exacte de ces contributions. Les locataires répondent pour les propriétaires [2], les propriétaires pour les locataires [3] ; les officiers pu-

[1] Loi du 12 novembre 1808, art. 1.
[2] *Ibid.*, art. 2.
[3] Loi du 21 avril 1832, art. 22.

Digitized by Google

blics, dépositaires ou comptables du prix des ventes, doivent, par eux-mêmes et sans l'intervention de la justice, satisfaire aux droits du trésor. Et cela est juste, car, indépendamment des motifs très-légitimes qui fondent ce privilége, il ne faut pas oublier que les contributions directes sont un impôt de répartition, et que les cotes irrecouvrables retomberaient sur les autres contribuables; cette observation fut faite par la Cour de Pau lors de l'enquête de 1841.

Un autre impôt qui a une grande analogie avec l'impôt direct, quoique perçu par une administration dont les recettes sont classées par le budget dans les contributions indirectes, a donné lieu à de graves difficultés, et tout récemment à un notable retour de jurisprudence : c'est le droit de mutation sur les successions, le droit sur les mutations par décès.

Pendant longtemps, et conformément aux traditions du droit fiscal ancien, on a envisagé ce droit comme jouissant d'un privilége égal à celui des contributions directes. On considérait comme une sorte de confirmation, de garantie de la propriété transmise par décès, le droit fiscal qui pesait sur le nouveau propriétaire. « Dans ce cas, disait une circulaire du ministre « de la justice du 23 nivôse an XII, l'État ne se présente pas « comme créancier, mais plutôt comme portionnaire d'une « partie de la succession. C'est un prélèvement que la loi lui « adjuge... Ce droit est une créance privilégiée qui doit être « payée, soit qu'il y ait des dettes, soit qu'il n'y en ait pas, et « qui par conséquent ne peut être mis sur la même ligne d'au- « cune créance privée. »

Et la Cour de cassation jugeait constamment ainsi, depuis son arrêt du 9 vendémiaire an XIV [1], lorsque, la question examinée à nouveau, la même Cour a reconnu que, s'il y avait des motifs graves pour accorder législativement un droit de privilége à la régie pour les droits de mutation par décès, ce droit n'existait pas dans la loi actuelle; et la régie a perdu ce procès important, peut-être pour l'avoir défendu par des arguments compromettants [2]. Mais la nouvelle jurisprudence, en la sup-

[1] S., 6, 2, 112.

[2] On se rappelle quelle émotion excita dans le monde judiciaire une théorie, peut-être mal comprise, qui donnait à l'État un droit de propriété originaire sur les biens transmis par succession. On aurait singulièrement abusé par là du mot *portionnaire* employé par la circulaire de l'an XII. V. sur

Digitized by Google

posant fondée, ne s'oppose pas à ce que la question soit soumise au législateur, qui devra dire s'il n'y a pas une lacune, un oubli à réparer dans la loi telle que l'on vient de l'interpréter. C'était, je l'ai dit, la tradition, le droit ancien. La proposition en fut faite lors de la discussion du Code civil[1], et renvoyée à la rédaction d'une loi générale sur les droits du trésor; et s'il n'en fut pas question lorsque cette loi fut présentée, c'est sans doute parce qu'une jurisprudence alors constante reconnaissait le privilége en question comme résultant de la loi du 22 frimaire an VII. Enfin, ce droit n'a-t-il pas le caractère de prime d'assurance pour la possession et la propriété des biens, qui justifie le privilége accordé à ce titre aux contributions directes?

La question vaut la peine d'être résolue par la loi.

On trouve encore, dans l'arsenal des lois fiscales, des dispositions bien moins justifiables que ne le serait celle qui vient d'être indiquée : je veux parler des priviléges *généraux* accordés en matière de douanes et de contributions indirectes.

Que l'on accorde, pour ces droits, un privilége *spécial* sur les marchandises qui en sont grevées, rien de mieux. Le droit de douanes, le droit sur les sels, sur les boissons, etc., fait partie du prix de la marchandise; ces droits acquittés, elle vaut d'autant plus, elle vaut d'autant moins quand ils sont encore dus; que l'on compare les cours quant aux objets en entrepôt et à ceux acquittés.

Mais y a-t-il, dans la nature des droits de douane, quelque chose qui autorise à les doter d'un privilége *général?* Il est permis d'en douter.

Il y a évidemment excès dans la disposition de la loi du 4 germinal an II, qui, en matière de douanes et de commerce maritime, déclarait la République préférable à tous créanciers pour *droits, confiscation, amende* et *restitution;* peut-être ce droit exorbitant (jamais on n'a admis de privilége pour amendes) serait-il justifiable, appliqué au prix des saisies et confiscations; mais voir là le fondement d'un privilége général et de premier ordre, une sorte de prélèvement sur la masse des biens du dé-

cette thèse historique et juridique le remarquable rapport de M. Laborie, qui a préparé l'arrêt du 23 juin 1857. (S., 57, 1, 401.)

[1] Art. 13 (2104 du Code), 3° le privilége en faveur de la régie des domaines, relativement aux droits dus pour les ouvertures des successions. (Fenet, t. XV, p. 30.)

Digitized by Google

biteur, c'est ce qui ne peut guère se soutenir. Les autres lois sur les douanes et sur les contributions indirectes (22 août 1791-1er germinal an XIII) paraîtront aussi sans doute trop favorables au trésor, trop hostiles aux autres créanciers. Le décret de l'an XIII, exagérant la protection due à la création peu populaire des *droits réunis*, voulut que ces droits (les droits, et non pas les amendes) fussent privilégiés sur tous les meubles et effets mobiliers des redevables, et ne fussent primés que par les frais de justice et par six mois de loyer. La loi de 1791, rendue aussi à l'inauguration d'un régime nouveau, et pour vaincre les résistances et les fraudes qu'on prévoyait, s'était montrée non moins excessive, car il est difficile d'interpréter cette loi comme l'ont fait quelques auteurs, qui n'ont vu dans son texte qu'un privilége venant après tous les autres. La loi ne dit pas, en effet, *après les frais de justice et autres priviléges*[1], mais bien *après les frais de justice et autres (frais) privilégiés;* ce qui donne, ainsi que le pense M. Paul Pont (n° 35), aux deux administrations fiscales une position à peu près semblable.

Or cette position trop favorable ne doit pas persister, lorsque l'expérience et les perfectionnements apportés dans la perception des impôts ont rendu inutile un système de protection et de privilége en désaccord avec les principes du droit et avec l'intérêt légitime des créanciers.

C'est ce qui est arrivé. Les lois fiscales ont successivement amélioré les procédés de perception et en ont assuré l'efficacité. Le principe est la perception des droits avant l'introduction ou la mise en consommation des marchandises. Lorsque le trésor, dans l'intérêt du commerce, accorde des crédits, ce n'est qu'avec des conditions qui sauvegardent la perception. Entrepôts réels ou fictifs, exercice au domicile des redevables, acquits-à-caution et autres sûretés analogues, saisies et confiscation en cas de fraude, tels sont les instruments que possèdent les administrations fiscales, et au moyen desquels on peut, sans danger, rentrer dans le droit commun et restreindre le privilége du trésor à une préférence spéciale sur les objets soumis aux droits.

Un autre privilége général a été accordé par la loi du 28 avril 1816 (art. 76) pour le payement des droits de timbre et des

[1] Erreur échappée à la Cour de Dijon dans l'enquête de 1841. (Doc., *Hyp.*, 2, 31.)

Digitized by Google

amendes y relatives. Ce privilége n'est nullement justifié. Les droits de timbre sont fixes et en général peu élevés; ils sont perçus au moment de l'accomplissement de la formalité, ou suppléés lors de l'usage des pièces qu'on y avait soustraites. Les contraventions donnent naissance à des amendes modérées, c'est-à-dire à une pénalité qui ne peut engendrer de privilége à l'encontre des créanciers. On n'a jamais réclamé de privilége semblable pour les droits d'enregistrement, qui montent à des sommes plus considérables, surtout en droits proportionnels; le trésor s'est trouvé suffisamment garanti par l'action que la loi lui accorde contre tous les signataires d'un acte. Or la loi de 1816, sur le timbre (art. 75), contient la même disposition.

Le principe que je viens de rappeler, que les amendes et peines n'emportent pas de privilége, a été respecté par la loi du 5 septembre 1807 sur le recouvrement des frais de justice criminelle. D'après cette loi, il n'y a privilége au profit du trésor que pour les *frais de justice*, et encore après tous les autres priviléges généraux et particuliers, même après les frais de défense du condamné. Après ces concessions faites par le fisc, serait-il impossible de lui en demander une autre, de le classer seulement parmi les créanciers ordinaires, sauf son droit contre les parties civiles? Les frais de justice criminelle s'élèvent souvent à des sommes très-fortes : les poursuites pour faux, les demandes d'extradition sont choses très-coûteuses; et il paraît bien dur aux créanciers, aux victimes de tel acte criminel commis à leur préjudice, de se voir primer par les frais de poursuite que le trésor expose contre leur débiteur.

Voilà tous les priviléges généraux sur lesquels la loi aurait à s'expliquer. Je n'y comprends pas celui accordé par les lois fiscales sur les biens meubles de comptables publics (22 août 1791, 1er germinal an XIII, 5 septembre 1807). Que le gouvernement, lorsqu'il nomme un fonctionnaire ayant charge de deniers, lui impose les plus amples garanties, à la bonne heure : cautionnements, inspections, modes de comptabilité, hypothèques même dans certains cas, telles sont les sûretés raisonnables du trésor; mais ajouter à tout cela un privilége général sur les biens meubles, même en ne lui donnant rang qu'après les priviléges des articlee 2101 et 2102, c'est trop; c'est rendre la masse des créanciers victime de la négligence

Digitized by Google

ou de l'imprévoyance des agents du trésor. Les tiers doivent croire à l'efficacité et à la suffisance des garanties exigées par le gouvernement des fonctionnaires que par son choix il recommande à la confiance du public. — Disons, par anticipation, que les lois fiscales accordaient encore au trésor un privilége sur certains immeubles des comptables ; mais le rapport du Conseil d'État de 1851 contient sur ce point un projet fort bien étudié, par lequel ce privilége est transformé en une hypothèque légale assujettie à la publicité. C'est assurément tout ce qu'il faut.

Article 2102.

Tous les auteurs ont fait observer que si l'article 2101 a tracé l'ordre dans lequel doivent être exercés les priviléges généraux, il n'en est pas de même pour l'article 2102, qui différencie les priviléges dont il s'occupe, non d'après le rang qu'ils occupent, mais selon les choses auxquelles ils s'appliquent. Par ce moyen disparaissent beaucoup de difficultés ; la loi n'aura rien à dire par rapport aux priviléges qui ne peuvent pas concourir avec d'autres.

Tels sont ceux fondés sur la possession, sur la détention. Le créancier nanti d'un gage, par exemple, n'a rien à voir aux prétentions des autres créanciers ; il détient ou retient la chose qui lui a été donnée en gage ; cette chose n'est plus dans les biens de son débiteur, ne peut servir de garantie à aucun autre ; il n'aura à supporter que le prélèvement des frais de vente, nécessaires pour transformer la chose en prix.

Le même titre de gage est applicable :

Au voiturier, sur la chose par lui transportée : cela est évident tant qu'il la détient ; on a trouvé juste de lui conserver son privilége pendant un délai très-bref après la livraison ; vingt-quatre heures selon le Code sarde et la Cour de Grenoble, trois jours selon la Cour de Dijon (Doc., *Hyp.*, 2, 36 et 50) ;

A l'ouvrier ou à l'artiste qui a conservé, augmenté ou amélioré la chose, même distinction que pour le voiturier ; gage incontestable tant qu'il détient, contestable quand il s'est dessaisi et a consenti à suivre la foi de son débiteur ;

A l'aubergiste, entre les mains de qui sont déposés les effets du voyageur, et qui est censé avoir reçu et hébergé le voyageur inconnu en considération de son bagage ;

Digitized by Google

Aux créances qui ont pour gage spécial le cautionnement des fonctionnaires publics et des officiers ministériels; le cautionnement est bien, en effet, une somme d'argent sortie de la possession du titulaire, déposée en lieu de sûreté, à la destination exclusive de répondre de la gestion de celui qui l'a fournie.

Dans tous ces cas, c'est l'évidence qui commande la décision de la loi. Si, par quelque circonstance extraordinaire, ces priviléges viennent à concourir entre eux (on a supposé le voiturier conduisant au créancier la chose donnée en gage, ou conduisant à l'auberge les effets du voyageur, etc.), laissons à la jurisprudence le soin de statuer sur ces cas rares; ce n'est pas là l'office du législateur.

Restent, de la nomenclature de l'article 2102, le propriétaire-locateur et le vendeur d'effets mobiliers non payés.

Voilà deux priviléges qui se trouveront fréquemment en concours; mais le Code a tracé la règle à suivre : préférence du propriétaire, s'il ignore le non-payement des objets introduits chez lui; préférence du vendeur, s'il a fait connaître son droit au propriétaire; celui-ci, a-t-on dit dans l'enquête de 1841, n'a pas à se plaindre; on n'ajoute rien, mais on ne soustrait rien à son gage, et s'il n'est pas suffisamment garanti, il a une ressource dans l'article 1752.

C'est aussi du droit de gage, en effet, que dérivent les droits du propriétaire-locateur, privilége sur tout ce qui garnit la maison ou la ferme, revendication si l'on déplace les objets affectés à son privilége.

Il n'y a rien à dire sur l'étendue de ce privilége quant aux choses sur lesquelles il repose; rien non plus sur les restrictions ou prélèvements auxquels il est soumis au cas de bail rural, sur le prix de la récolte pour les frais et semences, sans lesquels la récolte n'eût pas existé[1]; sur le prix des ustensiles au profit

[1] Dans l'article 2102, les *sommes dues pour semences ou pour frais de la récolte de l'année*, doivent-elles comprendre le prix des engrais achetés au dehors?

Ce serait une extension notable des termes de la loi; mais l'apparence d'équité qui s'attache à cette cause de privilége a frappé plusieurs auteurs. M. Troplong (note sous le n° 166), M. Paul Pont (n° 134), M. Dalloz (t. XXXVII, n° 204, et année 1858, 1, 30), les rédacteurs du Recueil de Sirey (58, 1, 49) s'accordent pour critiquer la jurisprudence qui refuse d'admettre le privilége dont il s'agit.

Cependant la jurisprudence, qui repose jusqu'à présent sur un arrêt de la

Digitized by Google

de ceux qui les ont fournis ou réparés ; c'est une application du principe précédent, sur la conservation ou l'amélioration de la chose. Un usage fort bien entendu range dans les frais de récolte une certaine partie des salaires des domestiques ruraux, pour le cas où ils ne seraient pas assez protégés par le privilége général des serviteurs à gages.

Mais en quoi les propriétaires ont été peut-être traités trop favorablement, c'est sur la somme à laquelle peut s'élever leur privilége.

Une année, plus l'année courante, voilà ce qu'embrasse le privilége lorsque le bail est verbal ou n'a pas de date certaine.

Mais s'il y a bail authentique ou ayant date certaine, le propriétaire aura privilége pour tout ce qui est échu et pour tout ce qui est à échoir.

Pour tout ce qui est échu, c'est évidemment trop, quoique en général les propriétaires ne soient pas disposés à trop de longanimité envers les locataires. Mais enfin, si le cas se présente, soit de bonne foi, ce qui sera rare, soit par une collusion dont il serait si difficile de faire la preuve, ne pourrait-on pas répondre au propriétaire réclamant des années de loyer ou de fermage qu'il aurait laissé arrérager : Vous pouviez vous faire payer plus tôt, il vous a plu de ne pas exiger votre dû ; vous êtes toujours créancier, mais vous n'êtes plus créancier privilégié.

Pour tout ce qui est à échoir : il y a peut-être, dans cette disposition de la loi, une explication de l'opposition qu'on a faite,

Cour de Caen (28 juin 1837; D., 1837, 2, 144) et sur un arrêt de la Cour de cassation (du 9 novembre 1857. — S., 58, 1, 49), est défendue avec de bonnes raisons par un jeune magistrat, M. Bigot, dans la *Revue pratique de droit français* (janvier 1860, p. 15).

Il serait assez difficile, en effet, d'organiser dans la pratique le privilége du vendeur d'engrais. On ne devrait, en équité, le faire reposer que sur la plus-value de la récolte obtenue au moyen de l'engrais fourni. Or, comment déterminer cette plus-value? comment distinguer ce qui sera dû aux engrais de la ferme et aux engrais extérieurs? comment faire la part, *sur la récolte de l'année*, de l'effet produit par un engrais qui agit *sur plusieurs récoltes successives*, et encore avec des modifications qui dépendent de l'ordre et de la nature des récoltes, des travaux et préparations du sol?

Il semble donc plus prudent de laisser la loi telle qu'elle est, de restreindre le privilége aux causes prochaines et facilement appréciables, sans aller rechercher les causes éloignées et incertaines qui ont pu concourir à la production de la récolte.

Digitized by Google

de plusieurs côtés, au privilége du propriétaire, et au rang qui semble lui appartenir préférablement aux autres priviléges.

La tendance actuelle, en effet, est favorable aux longs baux. L'agriculture les réclame avec grande raison pour rendre possibles les progrès et les améliorations de la part des fermiers. Dans les villes, surtout dans les grandes villes, où les locataires se croient obligés, dans certaines industries, dans certains commerces, à faire de si grandes dépenses d'installation, il n'est pas raisonnable de risquer ces dépenses sans la certitude d'une jouissance assez prolongée; il en est de même si c'est le propriétaire qui s'en impose la charge pour mieux louer sa chose. On peut donc se trouver, au cas de mort, de faillite ou de déconfiture dans le cours d'un bail, en présence d'un propriétaire qui, créancier éventuel de quinze ou dix-huit ans de loyers ou de fermages, absorbera tout l'actif du débiteur et ne laissera rien aux autres créanciers.

Cependant les débats qui se sont récemment élevés sur l'article 2102 ont généralement été favorables à la conservation du privilége si étendu du propriétaire.

Dans les projets soumis à l'Assemblée législative, un seul, celui de M. Langlois (de l'Eure), s'appuyant sur l'avis de la Cour de Caen et sur le Code bavarois [1], supprimait la différence entre les baux écrits et les baux verbaux, et n'accordait uniformément privilége que, dans le passé, pour une année de loyer et trois années de ferme; dans l'avenir, pour la durée de la jouissance à courir suivant la loi ou l'usage des lieux, sans pouvoir être moindre que le loyer et le fermage d'une année et de l'année courante.

Mais cette opinion est demeurée isolée. Le projet de loi de M. Pougeard (de la Charente), le projet du gouvernement, celui de la commission législative, la rédaction du Conseil d'État, tous ces documents s'accordaient à maintenir la distinction posée par l'article 2102, entre les baux verbaux ou sans date certaine, d'une part, et d'autre part les baux authentiques ou ayant date certaine. Pour ces derniers, on maintenait le privilége complet pour tout ce qui est échu et pour tout ce qui est à échoir. C'est à peine si l'on pourrait trouver, dans l'enquête

[1] Le Code suédois contient une disposition analogue : il n'admet, dans tous les cas, le privilége que pour les loyers de la dernière année et du trimestre courant.

Digitized by Google

de 1841, quelque proposition tendant à limiter le privilége pour loyers ou fermages échus. La Cour d'Angers voulait se borner à la durée de la prescription, à cinq années, mais voilà tout[1].

Quant aux baux verbaux, ou n'ayant pas date certaine, il fallait, et il faudrait encore aujourd'hui, suppléer au silence de l'article 2102, qui ne parle pas des loyers échus. La Cour de cassation avait, par un arrêt de 1824, accordé le privilége pour tous les loyers échus. Cela parut excessif : le projet du gouvernement n'admit comme privilégié que *ce qui est dû sur l'année courante, ou pour celle qui l'aura précédée*. La commission de l'Assemblée ajouta *une année, à partir de l'expiration de l'année courante*, et le Conseil d'État, reprenant la jurisprudence de 1824, ajouta encore ; *pour tout ce qui est échu*.

Ne serait-ce pas assez de la proposition de la commission, qui assure au propriétaire trois années de loyer ou de fermage?

Ne devrait-on pas aussi sérieusement examiner la distinction fondamentale de l'article 2102? Sans doute la loi doit sa protection au contrat de bail comme à tous les contrats; la loi doit prêter sa force au propriétaire qui a stipulé une location de quinze ou vingt ans, c'est-à-dire doit assurer la durée de ce bail; mais doit-elle au propriétaire un privilége pour tous les loyers à courir, même lorsque ce privilége serait désastreux pour les autres créanciers? Autre chose est le contrat, autre chose est le privilége. Un privilége ne peut pas résulter des conventions des parties; la loi seule peut le créer et doit y mettre des conditions dictées par l'intérêt général. Comme elle aurait pu ne pas l'accorder, elle est libre de le limiter et de dire : la créance existera, elle résulte du contrat de bail, mais elle ne sera privilégiée que jusqu'à concurrence de telle proportion ; si le propriétaire n'accepte pas cette position, qu'il prenne des sûretés par ailleurs ou qu'il fasse résilier le bail, avec dommages-intérêts s'il y a lieu.

Quoi qu'il en soit, et dans l'hypothèse de la conservation du privilége tel qu'il existe aujourd'hui, la loi a dû accorder aux créanciers, que ce privilége dépouille, un moyen tel quel d'amoindrir leur désastre. C'est le droit de relocation.

Cette disposition de l'article 2102 a donné lieu à des difficultés sérieuses :

[1] Le Code sarde restreint le privilége à deux années échues.

Digitized by Google

1° Le droit de relocation n'existe qu'à la charge de payer au propriétaire bailleur *tout ce qui lui resterait dû.*

Ce payement doit-il être immédiat? Les créanciers peuvent-ils, au contraire, jouir des termes et délais qu'aurait eus leur débiteur?

C'est dans ce dernier sens que se prononçait la coutume de Paris, où notre Code a puisé le principe de la relocation. La coutume n'obligeait les créanciers qu'à fournir caution du payement exact des loyers aux échéances. Il semble, en effet, que le propriétaire obtient par là tout ce qu'il a le droit d'exiger, tout ce sur quoi il a dû compter en donnant à bail son immeuble.

Le Code s'est exprimé autrement que la coutume. A-t-il voulu être plus sévère? Il ne parle pas de caution, mais de payement. Ce payement doit-il être immédiat et embrasser tous les loyers ou fermages à échoir jusqu'à l'expiration du bail? On a argumenté, en deux sens opposés, de l'historique de la rédaction actuelle.

L'article 2102, dans sa rédaction primitive, établissait le droit de relocation au profit des créanciers, mais ne s'expliquait pas sur la condition du payement des loyers, soit préalable et immédiat, soit au fur et à mesure des échéances. C'est sur la demande du tribunat que cette condition fut insérée; elle était de toute justice et ne souleva aucune discussion. Mais la rédaction du tribunat, qui tranchait la question en n'imposant le payement qu'à *chaque terme*, fut modifiée par le Conseil d'État, sans qu'il reste aucune trace des motifs de la modification; on supprima les deux derniers mots de la proposition du tribunat, et l'article fut voté tel qu'il est, c'est-à-dire sans exprimer, ni que le payement sera fait terme par terme, ni qu'il devra être fait immédiatement et par anticipation pour tout ce qui reste à courir.

Dans ce silence de la loi, les opinions se sont divisées.

M. Duranton (t. XIX, n° 91), M. Paul Pont (sur l'article 2102, n° 129) pensent que la loi n'a pu entendre imposer aux créanciers, en faveur desquels est introduit le droit de relocation, la charge exorbitante d'un payement immédiat et par anticipation, et que les droits du bailleur seront suffisamment sauvegardés lorsque, d'une part, les créanciers du preneur payeront à mesure que les loyers viendront à échéance, et que d'une autre

Digitized by Google

part ils lui auront procuré un nouveau locataire dont le mobilier répondra désormais de ces mêmes loyers.

Mais la Cour de cassation (chambre des requêtes) a été plus sévère. Par un arrêt du 28 décembre 1858 (S., 59, 1, 425), elle a rejeté le pouvoir formé contre un arrêt de la Cour de Dijon, qui posait en principe que *le propriétaire doit toucher* IMMÉDIATEMENT *la totalité de ses loyers échus et à échoir*, sans qu'on puisse le contraindre à accepter, soit une caution, soit une consignation.

Peut-être trouvera-t-on excessive cette interprétation de l'article 2102. On pourrait même décliner l'application de l'arrêt que nous venons de rapporter à la question que nous examinons ici; car, dans l'espèce de cet arrêt, il s'agissait, non de l'obligation à imposer aux créanciers de payer, par anticipation et de leurs deniers, tous les loyers à échoir, mais du droit du propriétaire-bailleur sur les fonds réalisés par la vente des objets soumis à son privilége. Or, c'est une concession que l'on peut faire, et que fait en effet M. Duranton (*loc. cit.*), d'attribuer au bailleur le droit d'exercer son privilége sur les objets qui en sont affectés, et ainsi de se faire payer de suite jusqu'à concurrence de ce que ces objets pourront produire, attendu que son gage ne doit pas servir à payer d'autres créanciers par préférence à lui. Mais pour le surplus de ce qui est à échoir, il est difficile d'admettre que l'on puisse contraindre les créanciers relocateurs à faire l'avance immédiate de tous les loyers à échoir. La coutume de Paris nous paraîtrait plus sage que le Code Napoléon ainsi interprété.

Peut-être aussi l'arrêt du 28 décembre 1858 perd-il pour nous quelque chose de son autorité, par cette circonstance qu'il a été rendu contrairement à l'opinion exprimée dans son rapport par l'honorable M. de Belleyme, et contrairement aussi, nous le croyons, quoique les recueils ne le disent pas, aux conclusions de notre excellent collègue, M. Blanche.

Quoi qu'il en soit, et si cette jurisprudence, ultraprotectrice pour le propriétaire-bailleur, devait prévaloir, le législateur ne devrait pas, à notre avis, la sanctionner. Elle donne au bailleur, non pas, comme le veut la loi, *tout ce qui lui est dû*, mais *plus qu'il ne lui est dû*. Donner à celui qui a droit à vingt annuités de 1,000 francs un capital actuel de 20,000 francs, c'est lui payer le double de sa créance. Au moins faudrait-il, si quelque

Digitized by Google

nécessité conduisait à le payer par anticipation, lui faire tenir compte de l'intérêt des sommes qu'il recevrait ainsi par avance. C'est la solution que propose encore M. Duranton; elle est frappante d'équité.

Mais nous préférerions celle de la coutume de Paris, qui a l'avantage de concorder avec les principes généraux du contrat de bail, notamment avec l'article 1752 du Code Napoléon, qui, lorsque la maison n'est pas suffisamment garnie pour répondre des loyers (c'est ce qui arrive après la vente des meubles, la faillite ou la déconfiture du locataire), n'exige pas autre chose que des sûretés capables de répondre du loyer.

2° Lorsque le prix des meubles ne suffit pas à désintéresser complétement le propriétaire de tous les loyers à échoir, l'article 2102 autorise les créanciers à relouer la maison ou la ferme *pour toute la durée du bail*, à la charge par eux de payer au propriétaire tout ce qui lui serait dû. Mais cette faculté n'est-elle concédée aux créanciers qu'autant qu'ils veulent en user pour toute la durée du bail? Ne leur sera-t-il pas permis d'user du droit de relocation pour le temps seulement que la vente du mobilier aura couvert, pour la durée de temps dont le propriétaire aura ainsi reçu les loyers par anticipation?

A ne consulter que l'équité naturelle, la réponse ne serait pas difficile. Un bail a encore dix ans à courir; par l'exercice de son privilége, le bailleur touche quatre années par avance. Qui profitera de la jouissance pendant ces quatre années? Le propriétaire? Cela n'est pas soutenable; il aurait en même temps la chose et le prix. Les créanciers? Cela paraît tout naturel; c'est avec l'argent de leur gage que le propriétaire a été payé; c'est comme indemnité du préjudice qu'ils éprouvent par l'exercice de ce privilége que la loi leur accorde le droit de relocation; pourquoi leur refuser cette indemnité? à moins que l'on ne préfère laisser improductives pour tous ces quatre années de jouissance dont le propriétaire a reçu le prix par anticipation; ce qui serait, dit M. Paul Pont (*loc. cit.*), le comble de la déraison.

M. Paul Pont, en effet, adoptant la solution primitivement donnée par M. Persil (*Rég. hyp. sur l'art.* 2102, n° 18), et d'accord sur ce point avec MM. Dalloz et Mourlon, accorde aux créanciers le droit de relouer les lieux à leur profit, pour le

Digitized by Google

temps correspondant aux termes de loyer dont le propriétaire est payé par avance.

On peut objecter cependant, *in apicibus juris*, que si l'article 2102 accorde aux créanciers le droit de relocation, c'est par une disposition exceptionnelle en contradiction avec les conventions du bail, puisque ce droit est concédé, même quand la faculté de céder le bail est interdite par le contrat; qu'il faut donc restreindre cette disposition à ses termes précis et ne pas l'étendre par analogie; or la loi ne prévoit qu'un cas de relocation, c'est pour toute la durée du bail, qu'une condition inséparable de la faculté qu'elle accorde, le payement intégral de ce qui sera dû au propriétaire. Si donc les créanciers veulent relouer, qu'ils commencent par payer la totalité des loyers à échoir, et ils disposeront des lieux pour toute la durée du bail. Ainsi l'a voulu le législateur, qui respecte, en tous les points où il n'y déroge pas, les conventions des parties, qui ne brise pas, qui ne scinde pas dans sa durée un bail dont la résolution n'est pas demandée par l'une ou l'autre des parties intéressées. La faillite ou la déconfiture du locataire n'emporte pas de plein droit la résiliation du bail; il continue de subsister pendant toute la durée convenue. Sans doute il pourra résulter de là quelques inconvénients : les créanciers, surtout en cas de faillite, seront souvent dans l'impossibilité de faire l'avance de sommes considérables pour la totalité des loyers à échoir; alors qu'arrivera-t-il? Non pas assurément l'iniquité prévue par les auteurs, non pas la rentrée dans les lieux du propriétaire, qui aurait ainsi ensemble la chose et le prix; personne ne peut vouloir un tel résultat; mais il arrivera ce que les parties ont voulu, ce qui n'est dérangé ni par la faillite ni par la déconfiture du locataire, la continuation du bail pour tout le temps stipulé, tant que la résolution n'en sera pas demandée; le failli, le déconfit resteront locataires; s'ils ne peuvent utiliser les lieux, si ces lieux restent vacants, ce sera un malheur; mais s'il y a concordat, retour à une meilleure fortune, rien n'aura été changé, et on aura respecté le bail et la loi.

Cette lutte entre le droit et l'équité a été tranchée par la Cour de cassation le 4 janvier 1860 (S., 60, 1, 18), après un très-long délibéré, témoignage de la difficulté de la question. La Cour, dans une espèce où le propriétaire, payé par avance de quatre années de loyer à échoir, avait demandé à rentrer immédiate-

Digitized by Google

ment dans la jouissance des lieux loués, à moins que les syndics de la faillite de son locataire ne lui payassent sur-le-champ neuf années de loyers qui restaient encore à courir après les quatre années payées d'avance. Le tribunal de Nantes, et après lui la Cour impériale de Rennes, repoussant énergiquement cette prétention, avaient au contraire autorisé les syndics à relouer au profit de la faillite, pendant le temps correspondant à celui dont le propriétaire avait été payé. Le pourvoi contre l'arrêt de la Cour de Rennes a été rejeté; la Cour suprême a adopté, sur l'article 2102, l'interprétation la plus conforme à l'équité, et nous croyons que c'est avec raison.

Mais nous croyons devoir terminer, sur cette question, en disant qu'elle ne serait pas née sans doute sans l'extension excessive donnée par la jurisprudence aux droits du propriétaire, aux obligations des créanciers. Si, au lieu d'exiger de ceux-ci, comme condition de leur droit de relocation, l'avance immédiate de sommes considérables et souvent impossibles, on s'était borné à leur imposer, comme la coutume de Paris, comme l'article 1752 du Code Napoléon, l'obligation de fournir des garanties pour le payement exact des loyers à leur échéance, on pourrait, sans inconvénient aucun, leur demander de fournir ces garanties pour toute la durée du bail, éviter ainsi le reproche de scinder ce bail, et concilier tous les intérêts en ce qu'ils ont de sérieux et de légitime.

Dans l'enquête de 1841, la question du droit de relocation n'avait pas été posée; les Cours royales ne s'en occupèrent pas. Parmi les Facultés de droit, celle de Caen, qui rédigea un projet complet sur les priviléges, fut la seule qui s'expliqua sur le droit des créanciers; voici en quels termes :

« Dans tous les cas, et nonobstant toutes clauses contraires, « les créanciers et autres parties intéressées peuvent sous-« bailler, pendant tout le temps pour lequel le bailleur est col-« loqué, et même pendant toute la durée du bail, s'ils donnent « des garanties suffisantes pour le payement des loyers et fer-« mages au fur et à mesure des échéances. » (Doc., *Hyp.*, 2, 104.)

Cette rédaction [1] résume complétement nos idées.

Pour terminer sur l'article 2102, il resterait à y inscrire plu-

[1] C'est à peu près celle du Code sarde.

Digitized by Google

sieurs priviléges spéciaux qui ne figurent pas dans sa rédaction actuelle :

1° Quelques-uns des priviléges aujourd'hui classés comme généraux, celui des frais de justice, qui se spécialiseraient sur chacun des objets dont le prix serait en distribution. Peut-être même devrait-on donner à ce privilége (ainsi qu'à celui des droits de mutation si on l'admet) un caractère de préférence plus marqué, sous le nom de *prélèvement* ou de *déduction*. — « A l'égard des frais de vente, disait Pigeau[1], on n'en parle « pas, parce que l'huissier les retient par ses mains, et que la « contribution ne se fait que de ce qui reste. » — On pourrait dire la même chose des contributions directes, que l'officier ministériel doit acquitter par lui-même, et qui lui sont forcément passées en compte sur le produit de la vente.

2° Par la même raison, le privilége de la douane et celui des droits réunis[2], si on les restreint aux marchandises sur lesquelles les droits sont assis.

3° Un privilége que la jurisprudence a reconnu comme subsistant encore aujourd'hui, quoique fondé par une loi qui ne devait être que transitoire, est celui accordé par la loi du 26 pluviôse an II, en matière de travaux publics, aux ouvriers et fournisseurs sur les fonds dus par la nation aux entrepreneurs de ces travaux. Ce privilége n'a été contesté par personne dans l'enquête de 1841; mais il aurait besoin d'être réglementé, car il peut sérieusement nuire au crédit des entrepreneurs, crédit pourtant nécessaire à l'exécution des travaux publics, et par conséquent aux intérêts de l'État. Quel est le banquier, le capitaliste, quelle est l'institution de crédit qui voudra faire la moindre avance à un entrepreneur de travaux publics, si cette avance doit être primée par un privilége dont rien ne révèle l'existence ni l'étendue? Car telle est la nature du droit accordé par la loi de l'an II aux ouvriers et fournisseurs : ils n'ont besoin de se faire connaître ni par une saisie-arrêt ni par aucun acte; ils ne sont pas astreints à agir dans un délai quelconque; ils auront été impunément négligents; ils auront laissé

[1] *Procédure civile du Châtelet*, t. I, p. 681.

[2] Je me sers de cette expression surannée pour rappeler que le décret du 1er germinal an XIII ne se rapporte qu'aux droits qu'on désignait alors ainsi, et non à tout ce qu'embrasse la dénomination actuelle des contributions indirectes.

Digitized by Google

l'entrepreneur dissiper ou employer à payer d'autres dettes, peut-être à eux-mêmes, les fonds qu'il aura reçus en vue de son entreprise; peu importe : ils absorberont, en se présentant, tout le prix des travaux. N'y a-t-il rien à faire pour mieux concilier les intérêts divers mis en jeu dans ces sortes d'affaires?

Ne pourrait-on pas, par occasion, s'expliquer sur la thèse soutenue par quelques auteurs, que la loi de pluviôse an II[1] n'est qu'une application de l'article 1798 du Code Napoléon? Cet article attribue-t-il en effet un privilége, et non pas seulement une action directe, au profit des ouvriers et fournisseurs? Controverse à trancher.

4° Dans le même ordre d'idées, un décret du 12 décembre 1806 accorde aux sous-traitants ce qu'il appelle improprement un privilége sur les sommes dues aux traitants pour fournitures faites au ministère de la guerre. C'est plutôt une subrogation qu'un privilége. Si le département de la guerre s'en trouve bien, il n'y a rien à dire. Les cahiers de charges pour fournitures peuvent au surplus prendre des précautions pour assurer le service, sans nuire aux intérêts respectifs des parties.

5° Enfin on a réclamé, sur la propriété nouvelle constituée sous le nom d'*offices*, d'après la loi du 28 avril 1816, un privilége tant au profit du vendeur non payé qu'au profit des créanciers pour abus et prévarications du titulaire.

Le premier de ces priviléges est reconnu aujourd'hui par la jurisprudence, qui a fait aux offices l'application de l'article 2102, n° 4 : « Le prix d'effets mobiliers non payés, s'ils sont « encore en la possession du débiteur..... » Mais l'emploi fait de ce texte, qui, dans la pensée du législateur, ne se rapportait qu'aux objets mobiliers corporels, donnerait lieu à des embarras qu'on fera disparaître en décrétant une disposition nouvelle et spéciale.

A s'en tenir, en effet, à l'article 2102, n° 4, on serait conduit à n'accorder au vendeur d'office que le privilége sur l'office *tant qu'il serait en la possession du débiteur;* or, c'est précisément quand le débiteur a cédé cet office, lorsqu'il ne l'a plus en sa possession, que le privilége peut s'exercer sur le prix qui en provient.

[1] Faculté de droit de Dijon. — Doc., *Hyp.*, 2, 109.
V. M. Duvergier, *Contrat de louage*, t. II, n° 381;
M. Troplong, *Échange et louage*, t. III, n° 1050.

Digitized by Google

Aussi la réforme proposée en 1849-1851 aboutissait-elle à un texte nouveau sur lequel le gouvernement et le Conseil d'État étaient d'accord ; et si la commission législative en proposa le retranchement, ce fut uniquement pour le renvoyer à une loi spéciale sur les offices que l'on attendait alors.

Un autre avantage de la rédaction nouvelle et spéciale, c'est que, n'étant plus enchaîné par un texte applicable aux objets mobiliers ordinaires, on ne sera pas obligé de se soumettre à l'article 550 du Code de commerce, qui refuse le privilége au vendeur d'effets mobiliers. Or, l'expérience a prouvé que les titulaires d'office peuvent tomber en faillite ; et, même en ce cas, la nature particulière de l'office doit protéger les créanciers privilégiés sur cette valeur.

Le projet de 1851 contenait une disposition fort sage : il n'admettait le privilége de vendeur qu'à la charge d'une certaine publicité.

Il ne paraissait s'appliquer qu'au vendeur immédiat. Cependant, et par analogie avec le privilége du vendeur en matière d'immeubles, on pourrait prévoir le cas de plusieurs vendeurs successifs non payés. La transmission des offices est quelquefois si rapide qu'il peut y avoir intérêt à prévoir une position qui s'est présentée dans la pratique. Il faudrait donc protéger, toujours à charge de publicité de son droit, tout vendeur d'office non payé, médiat ou immédiat, à moins que le gouvernement n'admette en principe qu'il n'autorisera aucune transmission qu'après la preuve du payement des précédents vendeurs ; mais ce serait une entrave peu justifiée en présence des sommes énormes qui forment souvent le prix des offices, et pour lesquelles il faut accorder de long délais ou consentir des subrogations.

Faudra-*t*-il, comme le demandait la Cour d'Angers dans l'enquête[1], accorder privilége sur le prix des offices, non-seulement aux vendeurs non payés, mais encore aux créanciers pour abus et malversations commis par les titulaires, en d'autres termes, étendre au prix des offices le privilége attribué par l'article 2102, n° 7, sur les cautionnements des fonctionnaires et officiers ministériels ? Une expérience fâcheuse a prouvé que ces cautionnements ne suffisent pas toujours. Mais,

[1] Doc., *Hyp.*, 3, 46.

Digitized by Google

dans tous les cas, on devrait étendre l'affectation donnée au prix des offices aux indemnités qui représentent ce prix en cas de destitution ; refuser le privilége, c'est punir le vendeur des fautes de son successeur, de fautes qu'il n'a pu ni prévoir ni empêcher. La jurisprudence qui s'est établie sur ce point a paru pécher par excès de sévérité [1] ; et l'on trouvera sans doute plus conforme à l'équité la proposition de la Cour d'Angers, qui voulait donner privilége « sur l'indemnité [2] que les officiers « ministériels peuvent avoir à toucher des successeurs par eux « présentés et agréés par le roi, ou que le gouvernement peut « juger équitable d'imposer à ces successeurs quand ils sont « nommés d'office. »

SÉVIN.

(*La suite à une prochaine livraison.*)

DE LA CONSTITUTIONNALITÉ DU DÉCRET DU 9 JANVIER 1861 [3].

Par M. REVERCHON, avocat à la Cour impériale,
ancien avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation,
ancien maître des requêtes.

Ce n'est pas seulement au point de vue politique que le décret du 24 novembre 1860 a provoqué, soit par les réformes qu'il contient, soit surtout par l'horizon qu'il ouvre à de plus complètes espérances, un légitime mouvement de confiance et de satisfaction : c'est aussi au point de vue purement législatif qu'il doit inspirer le même sentiment et recevoir le même accueil. Agrandir la sphère d'action et l'autorité effective des grands

[1] V. M. Paul Pont, n° 148, et les autorités citées par lui.

[2] La Cour, énergiquement hostile à la vénalité des charges, ne voulait pas employer le mot de *prix;* elle préférait parler d'une indemnité de présentation, seul droit que paraissait consacrer la loi du 28 avril 1816.

[3] Des circonstances indépendantes de notre volonté ont retardé jusqu'à ce jour la publication de ce travail, dont le manuscrit est entre nos mains depuis le mois de février, c'est-à-dire depuis une époque bien antérieure aux discussions dont la question traitée par M. Reverchon a été incidemment l'objet dans la séance du Corps législatif du 19 mars.

(*Note de la Rédaction de la Revue.*)

Digitized by Google

corps qui concourent, avec le gouvernement, à l'œuvre de la confection des lois, c'est entourer de garanties nouvelles le bon accomplissement de cette œuvre, c'est diminuer d'autant les chances de surprise et d'erreur qui demeurent inhérentes au travail de l'homme, c'est augmenter les conditions de lumières, d'expérience et de maturité, sans lesquelles les intentions les plus droites n'aboutissent trop souvent qu'aux plus regrettables résultats.

Aussi sommes-nous de ceux qui, même en dehors de toute autre considération, ont été heureux, sous ce rapport, de trouver, dans le décret du 24 novembre, l'intention solennellement manifestée *de faciliter au Corps législatif l'expression de son opinion dans la confection des lois et l'exercice du droit d'amendement.*

Mais s'il est bon, s'il est utile de développer les attributions du Corps législatif, il faut aussi respecter celles qu'il possède déjà; il est à désirer notamment que de simples décrets ne fassent pas ce qu'il n'appartient qu'à la loi de faire. Or, quoiqu'il ne soit pas toujours facile de tracer d'une main sûre la ligne de démarcation entre le domaine du pouvoir législatif et le domaine du pouvoir exécutif, nul ne conteste du moins que la loi seule peut déroger à la loi, sauf les matières dans lesquelles la Constitution aurait exceptionnellement conféré ce droit au gouvernement. A la lueur de ce principe élémentaire, il est impossible de ne pas concevoir les doutes les plus sérieux sur la constitutionnalité d'un décret récent, en date du 9 janvier 1861, qui a abrogé l'article 7 du décret du 25 mars 1852 sur la décentralisation administrative.

Quel est, en effet, le caractère de ce décret du 25 mars 1852? Dans quelques-unes de ses dispositions, telles que celles de ses articles 5 et 6, il n'excède pas les limites du pouvoir exécutif; il ne fait qu'abroger, ou étendre, ou modifier, ou reproduire les règles établies par des décrets ou ordonnances antérieurs sur des objets de simple administration. Mais, sinon dans toutes, au moins dans la plupart des dispositions de ses articles 1, 2, 3 et 4, il déroge formellement à des lois formelles. Il l'a fait et, à cette époque, il a pu le faire : car il appartient à la période dictatoriale, durant laquelle le prince-président de la république a réuni, non pas tous les pouvoirs (car il n'a jamais possédé ni prétendu posséder le pouvoir judiciaire), mais le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif; il a donc, on le répète, force de

Digitized by Google

loi (art. 58 de la Constitution du 14 janvier 1852). Mais enfin, quelque constitutionnel, quelque inattaquable qu'il soit, il déroge formellement, nous le répétons, à des lois formelles. Aux termes de son article 1er, les préfets doivent continuer de soumettre à la décision du ministre de l'intérieur les affaires départementales et communales qui affectent directement l'intérêt général de l'État, telles que l'approbation des budgets départementaux, etc.; *mais ils statueront désormais sur toutes les autres affaires départementales et communales qui exigeaient jusqu'à ce jour la décision du chef de l'État ou du ministre de l'intérieur, et dont la nomenclature est fixée par le tableau A ci-annexé.* Au nombre de ces affaires, dont il serait aussi fastidieux qu'inutile de suivre ici la longue énumération, se trouvent, par exemple, les acquisitions, aliénations et échanges des propriétés départementales non affectées à un service public (n° 1 du tableau A), qui, d'après l'art. 29 de la loi du 10 mai 1838, devaient être approuvées par une ordonnance royale, le Conseil d'État entendu, alors du moins que la valeur de la propriété à acquérir, à aliéner ou à échanger excédait 20,000 francs, et qui désormais, c'est-à-dire depuis le 25 mars 1852, peuvent être indistinctement approuvées par le préfet. Au nombre de ces mêmes affaires on peut également citer, quant aux communes, les aliénations, acquisitions, échanges et partages de biens indivis (n° 41 du même tableau A), qui, d'après l'article 46 de la loi du 18 juillet 1837, devaient être approuvées par ordonnance royale, alors du moins qu'il s'agissait d'une valeur déterminée par ce même article, et qui aujourd'hui peuvent, dans tous les cas, être approuvées par le préfet.

Toutefois, l'article 7 du même décret ajoutait : « Les dispo-« sitions des articles 1, 2, 3, 4 et 5, ne sont pas applicables au « département de la Seine, en ce qui concerne l'administration « départementale proprement dite et celle de la ville et des « établissements de bienfaisance de Paris. » En d'autres termes, le décret du 25 mars 1852 ne dérogeait point aux lois existantes en ce qui concernait l'administration du département de la Seine et celle de la ville et des établissements de bienfaisance de Paris.

Que porte maintenant le décret du 9 janvier 1861? Son article 1er est ainsi conçu : « L'article 7 de notre décret du 25 mars « 1852 sur la décentralisation administrative est rapporté. En

Digitized by Google

« conséquence les dispositions de ce décret actuellement en « vigueur sont applicables au département de la Seine en ce « qui concerne l'administration départementale proprement « dite et celle de la ville et des établissements de bienfaisance « de Paris [1]. » Ainsi, et pour reprendre l'un des exemples déjà cités, les acquisitions, aliénations et échanges des propriétés du département de la Seine, non affectées à un service public, qui, jusqu'au 9 janvier 1861, devaient être et étaient approuvés par des décrets impériaux, seront désormais approuvés par de simples arrêtés du préfet.

Il n'est pas nécessaire, on le comprend, de rechercher quel est de ces deux systèmes celui qui est le plus conforme aux règles d'une bonne et sage administration. A ce point de vue, nous n'hésiterions pas, quant à nous, à préférer le système du décret de 1852; car le décret de 1861 organise la souveraineté administrative du préfet de la Seine, en l'affranchissant à peu près de tout contrôle, en ne laissant du moins subsister à son égard que le contrôle facultatif et éventuel maintenu à l'égard de tous les préfets par l'article 6 du décret de 1852 [2]. Dans les autres départements, le préfet est éclairé, surveillé, contenu au besoin par un conseil général *élu*. Dans les autres villes, le maire est éclairé, surveillé, contenu au besoin par un conseil municipal également *électif*; de plus, il a au-dessus de lui la tutelle exercée par le préfet. Dans le département de la Seine et dans la ville de Paris, le même frein, la même garantie ont cessé d'exister depuis 1848, et cet état de choses est d'autant moins normal qu'à Paris le maire de la ville est en même temps le préfet du département; ce n'était donc pas sans de puissantes raisons que le gouvernement, en 1852, s'y était réservé une autorité dont il pouvait utilement se dépouiller ailleurs; c'était avec une haute et profonde sagesse qu'il avait conservé aux intérêts publics et privés les garanties que leur offrait, notam-

[1] L'article 2 réserve l'approbation impériale, sur la proposition du ministre de l'intérieur, pour les budgets de la ville de Paris.

[2] Cet article, qui ne fait que reproduire une règle ancienne et de droit commun en matière administrative, est ainsi conçu : « Les préfets rendront « compte de leurs actes au ministre compétent dans les formes et pour les « objets déterminés par les instructions que ces ministres leur adresseront. « Ceux de ces actes qui seraient contraires aux lois et règlements, ou qui don- « neraient lieu aux réclamations des parties intéressées, pourront être an- « nulés ou réformés par les ministres compétents. »

Digitized by Google

ment, l'intervention obligatoire du Conseil d'État dans la plupart des actes importants de cette administration.

Mais là n'est pas la question : nous n'examinons, quant à présent, que celle de savoir si le décret du 25 mars 1852 est ou n'est pas une loi, et il ne nous paraît pas possible de lui refuser ce caractère, spécialement dans les dispositions principales de son article 1er. S'il en est ainsi, la conséquence se déduit et s'exprime d'elle-même; une loi seule pouvait, à partir du 29 mars 1852, abroger ou modifier ces dispositions.

On l'a déjà senti, par exemple, lorsqu'on a voulu enlever aux préfets les attributions qui leur avaient été conférées par le décret de 1852 relativement aux emprunts et aux impositions extraordinaires des départements, et remettre en vigueur à cet égard les dispositions de la loi du 10 mai 1838, qu'il avait abrogées. C'est par une loi qu'on a dérogé à ce décret : l'article 4 de la loi du 10 juin 1853, concernant la conversion des dettes des départements et des communes, a expressément abrogé *les* §§ 36 *et* 37 *du tableau A annexé au décret du* 25 *mars* 1852.

Il est assurément superflu d'invoquer d'autres précédents, ou même d'invoquer des précédents quelconques sur ce point. Citons-en pourtant encore un seul. Le 28 février 1852, un décret du prince-président, portant organisation des sociétés de crédit foncier, a dérogé à diverses dispositions du Code civil et du Code de procédure, en ce qui concerne certains priviléges qu'il a concédés à ces sociétés pour la sûreté et le recouvrement des prêts. Dès l'année suivante, il a paru nécessaire, soit de déroger à quelques-unes de ces dérogations, soit de les compléter. Ce n'est pas un simple décret, c'est une loi qui a été rendue, également à la date du 10 juin 1853, pour abroger ou modifier le décret du 28 février 1852, dont le caractère législatif, en cette partie, ne pouvait pas être et n'a pas été contesté.

Vainement dirait-on qu'en attribuant au préfet de la Seine un pouvoir qui jusque-là appartenait aux ministres ou à l'Empereur, le décret de 1861 n'a fait que régler les conditions de l'exercice de la tutelle administrative et s'est dès lors renfermé dans les limites que la nature des choses, particulièrement sous l'empire de la Constitution actuelle, assigne au pouvoir exécutif. En admettant même que les législateurs antérieurs eussent mal à propos empiété sur le domaine de ce pouvoir, il n'en serait pas moins certain, ou que la Constitution seule aurait pu, par un

Digitized by Google

texte exprès, rétablir les principes ainsi méconnus, ou qu'une loi nouvelle devrait y pourvoir. Mais, au surplus, il serait parfaitement inexact de ne voir là que de simples formalités administratives; les droits privés y sont engagés, au premier chef, à côté de ceux des départements, des communes, des établissements de bienfaisance, puisqu'il s'agit de déterminer les conditions de la validité des divers contrats de droit civil, passés entre ces administrations et les particuliers, et c'est cette considération qui, réunie à d'autres, explique et exige, aujourd'hui comme hier, l'intervention du pouvoir législatif. N'est-il pas évident que l'individu qui vend, achète, loue, transige, etc., avec un département ou une commune, a tout à la fois intérêt et droit à s'assurer que l'acte qu'il passe présente les conditions prescrites par la loi, pour constituer un contrat synallagmatique réciproquement obligatoire? S'il remarque que l'administration avec laquelle il traite se dispense désormais de s'astreindre à telle ou telle de ces conditions, ne sera-t-il pas plus ou moins fondé à craindre qu'à un jour donné cette administration, toujours mineure, toujours recevable à invoquer l'inaccomplissement des règles qui la protégent et l'enchaînent, ne fasse tomber une convention qui ne la lierait pas, alors que peut-être elle le lierait lui-même, par application du principe écrit dans le deuxième paragraphe de l'article 1125 du Code Napoléon? Nul ne peut dire qu'une pareille prétention ne serait pas, le cas échéant, couronnée d'un succès strictement conforme au droit, moins conforme peut-être à la dignité et à la bonne foi de l'administration. Il n'y a qu'un remède à ce danger : c'est que le législateur, s'il le juge convenable, défasse ou refasse lui-même son œuvre.

Nous croyons donc, quant à nous, que si, dans un procès qui soulèverait la question, l'une des parties opposait, par voie d'exception, la nullité d'un acte passé dans les formes établies par le décret du 9 janvier 1861, mais sans l'observation des règles tracées par les lois antérieures, cette nullité pourrait et devrait être prononcée par la juridiction saisie du litige. Nous croyons également que, si ce même décret était déféré au Sénat, par application de l'article 29 de la Constitution [1], ce corps

[1] Cet article porte : « Le Sénat maintient ou annule *tous les actes* qui lui « sont déférés comme inconstitutionnels par le gouvernement, ou dénoncés, « pour la même cause, par les pétitions des citoyens. »

Digitized by Google

éminent l'annulerait pour cause d'inconstitutionnalité. Aussi espérons-nous que la sagesse du gouvernement, prévenant ces conflits, reconnaîtra spontanément l'erreur dans laquelle elle est tombée, et dont elle se serait probablement préservée si elle avait soumis cette mesure à l'examen préalable du Conseil d'État, ou bien que, s'il lui paraît utile d'ajouter de nouvelles anomalies à celles qui font déjà au préfet du département de la Seine une position si exceptionnelle, elle appellera sur ce point les délibérations du Conseil d'État, du Corps législatif et du Sénat.

E. REVERCHON.

DE LA TRANSCRIPTION,

Par M. FLANDIN, conseiller à la Cour impériale de Paris [1].

Ventes successives. — Concours de divers créanciers hypothécaires ou tiers acquéreurs.

I.

Une question, très-débattue, de notre droit hypothécaire est celle de savoir si, lorsqu'il y a eu plusieurs ventes successives, non transcrites, d'un même immeuble, la transcription du dernier contrat suffit, sans transcription des contrats antérieurs, pour affranchir l'immeuble de tous droits réels existants du chef des anciens propriétaires, et qui n'auraient pas été rendus publics avant cette transcription?

Primus, je suppose, vend une maison à Secundus, qui ne fait point transcrire. Celui-ci la revend à Tertius. Cette maison est grevée, tant du chef de Primus que du chef de Secundus, d'hypothèques qui n'étaient point encore inscrites, lorsque Tertius a acheté. La transcription, faite par Tertius, de son propre contrat, suffira-t-elle pour purger ces hypothèques?

La question fut soulevée dans la discussion de la loi du 23 mars 1855. Un membre du Corps législatif, M. Duclos, exprima

[1] La dissertation qu'on va lire est extraite du tome II d'un ouvrage que publie M. Flandin sur la *Transcription en matière hypothécaire*, ouvrage dont le premier volume a déjà paru et dont le second est sous presse.

Digitized by Google

le désir « que M. le rapporteur s'expliquât sur la question, très-controversée, de savoir si la transcription du dernier contrat de vente suffirait pour opérer la purge, au profit de l'acquéreur, relativement aux précédents propriétaires dont les noms seraient mentionnés dans le contrat. » — Le rapporteur, M. Adolphe de Belleyme, répondit « que la question posée par l'honorable M. Duclos, et qui partageait les Cours souveraines, était une question de jurisprudence et de régime hypothécaire ; que la loi actuelle n'avait donc pas pour objet de la résoudre. » M. Rouher, l'un des commissaires du gouvernement, avait déjà fait la même observation. — Mais un autre membre de la commission, M. Allart, déclara « que la question lui paraissait résolue par la loi nouvelle, qui disait clairement que la transcription opère la purge, à l'égard de tous ceux qui n'ont pas fait inscrire antérieurement leurs droits[1]. » Il ne fut pas répliqué à M. Allart.

Je suis de l'avis de l'honorable député. Je pense que, la loi du 23 mars 1855 ayant abrogé, par son art. 6, les art. 834 et 835 C. proc., on doit décider que la seule transcription du dernier contrat de vente, alors même qu'il ne contiendrait pas les noms des anciens propriétaires, purge toutes les hypothèques conférées par ceux-ci, et qui ne seraient pas inscrites au moment de la transcription. Cela me semble découler virtuellement des articles 3 et 6 de cette loi. En effet, en établissant que la vente ne serait translative de propriété, au regard des tiers, que par la transcription, et que, jusqu'à cette transcription, l'ancien propriétaire ne serait pas réputé dépossédé, qu'il pourrait ainsi faire une nouvelle vente de l'immeuble, le grever d'hypothèques, au mépris des droits précédemment conférés sur cet immeuble, la loi nouvelle avertissait l'acquéreur du danger que lui ferait courir sa négligence à faire transcrire. Mais aussi elle devait, par une juste réciprocité, pourvoir à la sûreté de cet acquéreur, en le mettant à l'abri de toute recherche de la part des tiers qui, ayant des droits sur l'immeuble, ne les auraient pas, de leur côté, rendus notoires avant la transcription. Et c'est précisément cette corrélation de droits et d'obligations qui se trouve consacrée par les articles 3 et 6 précités de la loi du 23 mars 1855[2].

[1] Séance du 15 janvier 1855, *Moniteur* du 17.

[2] *Jur. gén.*, v° *Priv. et hyp.*, n° 2068. Cf. Lemarcis, *Comment.*, p. 33, n° 8.

Digitized by Google

C'est en vain qu'un auteur combat cette solution, en disant que les acquéreurs intermédiaires, qui n'ont pas transcrit, n'ont eu qu'un droit relatif sur la chose; qu'ils n'ont pas dessaisi le vendeur originaire, lequel a pu, dès lors, conférer des droits à des tiers; que la transcription du dernier contrat ne saurait avoir d'influence sur la situation du premier vendeur, ou de ceux qui sont à ses droits, parce que, si la transcription porte sur le même immeuble, elle ne porte pas sur les mêmes parties, et qu'au bureau des hypothèques, il n'y a de tables que pour les personnes, qu'il n'en existe pas pour les immeubles[1].

En effet, il n'y a pas, en France, comme en Allemagne[2], de registres ouverts *aux immeubles*, et sur lesquels soient portées les transcriptions ou les inscriptions hypothécaires se référant à ces immeubles. C'est un autre système qui est pratiqué parmi nous, comme il appert de l'article 18 de la loi du 21 ventôse an VII, ainsi conçu : « Outre les registres mentionnés en l'article 16 (les registres sur lesquels s'accomplissent les formalités hypothécaires), les préposés tiendront un registre sur papier libre, dans lequel seront portés, par extrait, *au fur et à mesure des actes, sous le nom de chaque grevé*, et à la case qui lui sera destinée, les inscriptions à sa charge, les transcriptions, les radiations et les autres actes qui le concernent, ainsi que l'indication des registres où chacun de ces actes sera porté, et les numéros sous lesquels ils y seront consignés. »

Je réponds, néanmoins, qu'aujourd'hui la transcription a un tout autre objet que sous le Code de procédure; qu'elle n'est plus, comme elle était alors, une simple mise en demeure des créanciers en retard de s'inscrire, mais une exception à invoquer contre eux; et qu'alors, de deux choses l'une : ou leurs hypothèques étaient inscrites lors de la transcription, auquel cas elles ne peuvent être purgées que par les notifications prescrites par l'article 2183 du Code Napoléon[3]; ou elles ne l'étaient pas; et, dans ce cas, la loi les frappe de déchéance[4].

Tel est, suivant moi, le principe consacré par la nouvelle loi.

Descendons maintenant aux applications.

[1] Ducruet, *Études sur la transcr.*, n° 14.
[2] V., au t. Ier, le *Résumé historique*, p. XXIX et suiv.
[3] Rej., 13 déc. 1813, aff. Ailhaud; *Jur. gén.*, v° *Priv. et hyp.*, n° 2065.
[4] *Jur. gén.*, loc. cit., n° 2069.

Digitized by Google

II.

Une première hypothèse est présentée par M. Troplong :

Le 1er mai 1855, dit-il, Pierre vend à Primus un immeuble; celui-ci ne fait pas transcrire son contrat. Le 20 septembre 1856, Primus revend cet immeuble à Secundus, qui fait transcrire, le 25 du même mois. Mais antérieurement, et dès le 15 mai 1855, Pierre, le vendeur originaire, avait vendu une seconde fois le même immeuble à Tertius, qui ne fait transcrire son titre que lorsque déjà Secundus avait fait transcrire le sien. On demande lequel, de Secundus ou de Tertius, doit être préféré?

M. Troplong n'hésite pas à donner la préférence à Secundus.

Dans l'intérêt de Tertius, on peut objecter, dit-il, que Secundus n'est que l'ayant cause de Primus, et qu'il ne peut avoir plus de droits que lui. Or, la transcription, faite par Tertius, serait opposable à Primus, qui n'a pas fait transcrire; elle doit donc, à plus forte raison, pouvoir être opposée à Secundus.

Mais il faut répondre, reprend M. Troplong, que, « si Tertius avait fait transcrire son contrat, comme il le devait, Secundus aurait été averti et n'aurait pas acheté, le 20 septembre 1856, dans la croyance que la propriété était libre de tout droit réel. Secundus a consulté les registres : il n'a vu, ni la transcription, ni l'inscription d'aucun droit réel; il a été fondé à ne redouter aucune rivalité; il a acquis en toute sécurité. Or, serait-il juste, serait-il raisonnable que cette sécurité, que la loi lui donnait, fût troublée par Tertius, dont l'inaction l'a fait naître? N'est-ce pas tant pis pour Tertius, s'il a laissé former des droits contraires au sien, et si, par son silence, il a autorisé la croyance dans la liberté de l'immeuble? — Pourquoi, d'ailleurs, ajoute l'éminent magistrat, Secundus, qui a transcrit son traité avec Primus, serait-il également tenu de transcrire le contrat de Primus avec Pierre?..... Que peut faire aux tiers que ce soit l'acte de Primus, plutôt que l'acte de Secundus, qui soit transcrit? Que leur aurait appris cette transcription, à eux qui ont traité auparavant et indépendamment d'elle[1]?..... »

Ces raisons, données par M. Troplong, sont excellentes comme considérations générales; mais le texte de la loi suffit pour faire écarter les prétentions de Tertius. « *Jusqu'à la trans-*

[1] *De la transcr.*, n° 166.

Digitized by Google

cription, porte l'article 3 de la loi du 23 mars 1855, les droits résultant des actes et jugements énoncés aux articles précédents ne peuvent être opposés aux tiers *qui ont des droits sur l'immeuble, et qui les ont conservés, en se conformant aux lois.* » Secundus a-t-il des droits sur l'immeuble? Évidemment; ces droits, il les tient de Primus, qui tenait les siens du véritable propriétaire. A-t-il conservé ces droits, en se conformant aux lois? Évidemment encore, puisqu'il a fait transcrire. Donc Secundus peut dire à Tertius, en invoquant la disposition précitée : Je vous suis préférable, puisque j'ai transcrit avant vous.

Dira-t-on que Secundus n'a rempli que la moitié de sa tâche, et qu'en faisant transcrire son titre, il devait faire transcrire également ceux des propriétaires antérieurs à lui? Mais où trouve-t-on, dans la loi, qu'une pareille obligation lui ait été imposée? A l'égard de l'objection tirée de ce que Secundus ne serait que l'ayant cause de Primus, et que la transcription opérée par Tertius, opposable à Primus, serait, à plus forte raison, opposable à son ayant cause, on la fait tomber d'un mot, en faisant remarquer que, dans l'esprit de la loi du 23 mars 1855, Secundus n'est pas, au regard de Tertius, l'ayant cause de Primus, mais un tiers [1].

III.

Supposons maintenant, dit M. Troplong, que Tertius n'achète de Pierre que lorsque déjà Secundus avait transcrit la vente que Primus lui a faite. — Il y a à distinguer, suivant ce magistrat, si cette transcription contient l'indication des précédents vendeurs, ou si elle est muette sur ce point. Dans le premier cas, M. Troplong est d'avis que la transcription est suffisante, et qu'il est inutile d'imposer les frais de transcriptions multiples « Quand Tertius, dit-il, est venu traiter avec Pierre, il a consulté l'état de la propriété, et il a pu voir ce qui s'était passé. Il a donc acheté en connaissance de cause, et il ne saurait se plaindre d'une surprise [2]. »

Cela est-il bien vrai? J'ai déjà examiné la question, dans

[1] Conf. Rivière et François, *Expl.*, etc., n° 52 ; Rivière et Huguet, *Quest.*, n° 212; Mourlon, *Examen crit.*, etc., Append., n° 344; Paul Pont, *Des priv. et hyp.*, n° 265. — *Contrà*, Ducruet, *loc. cit.*; Lesenne, *Comment.*, n° 64; Fons, *Précis sur la transcr.*, n° 43.

[2] *De la transcription*, n° 167.

Digitized by Google

mon *Traité des privivilèges et hypothèques* inédit, au point de vue de la purge [1]; je la reprends ici, au point de vue de la transmission de propriété.

Comment, en se plaçant dans l'hypothèse de M. Troplong, Tertius, lorsqu'il traite avec Pierre, qui se dit encore propriétaire de l'immeuble qu'il a vendu à Primus, pourra-t-il savoir, si Primus n'a pas fait transcrire son acte, quoique Secundus ait fait transcrire le sien, et que, dans l'acte de Secundus, il soit fait mention de Pierre comme auteur de Primus, comment, dis-je, Tertius pourra-t-il savoir que Pierre a cessé d'être propriétaire, et qu'il n'y a aucune sécurité à traiter avec lui? Tertius ira au bureau des hypothèques, et demandera l'état de situation hypothécaire de Pierre. Comme la transcription, faite par Secundus, a porté sur Primus, et non sur Pierre, et que, malgré les indications fournies par l'acte transcrit relativement à ce dernier, indications que le conservateur n'était point obligé de relever, les registres ne contiendront la mention d'aucune transcription, d'aucune inscription s'appliquant à Pierre, le conservateur délivrera un certificat négatif, et Tertius, par conséquent, ne recevra, de ce côté, aucun renseignement propre à l'éclairer sur l'aliénation antérieurement consentie par Pierre à Primus.

Est-ce bien ainsi qu'en pratique les choses se passent? Écoutons là-dessus un ancien conservateur des hypothèques, M. Baudot: « Nous pensons, dit-il, que l'énonciation des ventes antérieures, dans le dernier contrat transcrit, suffit envers les créanciers *déjà inscrits* lors de la transcription, mais qu'elle est insuffisante pour mettre en demeure les créanciers, non inscrits, des précédents vendeurs. Le délai de quinzaine, à leur égard, ne peut courir que de transcription entière du titre, et non de la simple mention du précédent propriétaire [2]. S'il en est autrement, comment les créanciers du premier vendeur pourront-ils s'assurer de la vente de l'immeuble affecté hypothécairement à leur créance, s'il suffit de la transcription du deuxième ou du troisième arrière-contrat? En effet, sur les registres des conservations, *on ne constate pas les diverses mutations désignées dans l'origine de la propriété.* On inscrit la vente et l'acquisition seulement aux chapitres des parties contrac-

[1] V. aussi, dans la *Jur. gén.*, v° *Priv. et hyp.*, n°s 2067 et suiv.

[2] L'ouvrage de M. Baudot est antérieur à la loi du 23 mars 1855.

Digitized by Google

tantes dans l'acte, c'est-à-dire du vendeur et de l'acquéreur; par conséquent, il ne reste aucune trace des ventes antérieures, si elles n'ont pas été transcrites. La transcription du troisième contrat, sous les noms de Secundus et de Tertius, ne peut donc rien m'apprendre, par rapport à Primus, premier vendeur et mon débiteur. Si je demande, au bureau des hypothèques, si Primus a vendu tel immeuble, on certifiera qu'il ne résulte d'aucun acte transcrit que cette vente ait eu lieu [1]..... »

La distinction que fait M. Troplong semble donc devoir être écartée [2].

IV.

Sans me préoccuper autrement de cette distinction, j'ai à examiner, en thèse, si la circonstance, que Tertius n'aurait acheté de Pierre que postérieurement à la transcription faite par Secundus, est de nature, dans le cas même où cette transcription ne ferait pas mention des précédents propriétaires, à modifier la solution que j'ai donnée *suprà*, n° II.

Je ne le pense pas; et, sur ce point, je m'éloigne du sentiment de M. Troplong.

L'éminent auteur reprend, pour cette hypothèse, l'objection qu'il mettait dans la bouche de Tertius au numéro précité. Tertius, dit-il, peut faire le raisonnement suivant : « Secundus est au lieu et place de Primus; il n'a pas plus de droit que lui. Or, Primus n'aurait eu, contre moi, l'exercice utile du droit de propriété que s'il avait transcrit son contrat; ce qu'il n'a pas fait [3]. »

Mais, si le raisonnement est bon dans ce cas-ci, il était bon également dans l'autre cas. On a vu, cependant, que l'objection, dans le cas précédent, n'avait point arrêté M. Troplong. J'ai prouvé, il me semble, que le vice de ce raisonnement était de considérer Secundus, relativement à Tertius, comme l'ayant cause de Primus, au lieu de le considérer comme un tiers.

« D'un autre côté, ajoute M. Troplong, il (Primus) n'a transmis la propriété à Secundus que sous la condition de la rendre efficace à mon égard, comme il aurait dû le faire lui-même. Donc, en ne transcrivant pas le contrat de son auteur, Secundus

[1] *Traité des formalités hypothécaires*, t. II, n° 1053.
[2] Conf. Ducruet et Lesenne, *loc. cit.*; Bressolles, *Exposé*, etc., n° 86.
[3] *De la transcr.*, n° 169.

Digitized by Google

a lui-même infirmé le principe et le fondement de son droit. »

Je ne suis pas davantage touché de cette raison. Rien n'obligeait Primus à faire transcrire, si ce n'est son propre intérêt, dès que, comme je l'ai déjà fait observer bien des fois, la transcription est de pure faculté : il n'a donc pu en transmettre l'obligation à Secundus. Celui-ci, au contraire, en faisant transcrire son titre, est devenu propriétaire incommutable à l'égard de toute personne, et Tertius, en achetant de Pierre, après cette transcription, n'a bien réellement acheté que la chose d'autrui.

L'argument le plus considérable qui soit invoqué par M. Troplong, pour établir que Secundus aurait dû faire transcrire le contrat de Primus en même temps que le sien, consiste à dire que Tertius n'avait pas d'autre moyen de connaître la vente que Pierre avait faite à Primus, et qui l'avait dépouillé de la propriété dont il se prétendait frauduleusement investi. « En effet, fait-il dire à Tertius, j'ai demandé au conservateur, avant de traiter avec Pierre, si ce dernier avait déjà aliéné, si, à son nom, une mutation était indiquée sur les registres. Le conservateur, qui n'a eu aucun moyen de deviner que Primus avait acheté de Pierre, n'a pas fait mention, au compte de Pierre, de la mutation, transcrite, de Primus à Secundus. Rassuré par le certificat négatif que j'ai reçu, j'ai considéré Pierre comme étant encore propriétaire; ma confiance était-elle imprudente, et doit-elle être déçue?... Remarquons, en effet, que les répertoires des registres hypothécaires sont dressés par noms de personnes, et nullement par désignation d'immeubles. Dès lors, la transcription a beau être accomplie, si elle ne mentionne pas la série des propriétaires de l'immeuble, depuis le dernier inscrit sur les registres, elle laisse toujours à celui-ci l'apparence de la propriété, et, par suite, l'infaillible moyen de tromper les tiers. — Ces raisons, ajoute M. Troplong, nous paraissent victorieuses; nous n'y apercevons pas de réponse plausible[1]. »

C'est bien là un inconvénient, sans doute; mais, comme le dit ailleurs M. Troplong, si la loi, qui a soumis à la publicité les actes translatifs de propriété, a beaucoup fait pour la sécu-

[1] *De la transcr.*, loc. cit.; Conf. Fons, *Précis sur la transcr.*, n° 43; Ducruet, *Études sur la transcr.*, n°s 14 et 24; Lesenne, *Comment.*, n° 64; Sellier, *Comment.*, n°s 314 à 329.

Digitized by Google

rité des tiers, elle n'a pas tout fait, et elle ne dispense pas les parties intéressées de recourir aux moyens d'investigation, de prendre les mesures de prudence qui peuvent le mieux garantir leurs intérêts. Or, un certificat négatif de transcription, par rapport à Pierre, ne pouvait suffire pour rassurer pleinement Tertius; car, en supposant que Pierre fût resté en possession de l'immeuble, et que cette possession eût toutes les apparences de la propriété, cette propriété pouvait reposer sur un titre nul, ou sur un titre précaire, comme s'il avait acheté à vil prix, ou sous condition de réméré, ou d'un autre que le véritable propriétaire. C'était donc à Tertius à prendre ses renseignements; et, en y apportant du soin, il eût certainement acquis la connaissance des diverses aliénations dont l'immeuble avait été l'objet, et aurait été ainsi mis sur la trace de la transcription opérée par Secundus. Quant à ce dernier, il n'y a réellement aucun reproche à lui faire. En ne faisant transcrire que son titre, il s'est littéralement conformé à la loi, qui ne lui imposait pas l'obligation de faire transcrire, avec son titre, celui de tous les propriétaires antérieurs. Et comment eût-elle pu lui imposer cette obligation? On ne fait donc pas attention à la difficulté qu'il y aurait, pour le dernier acquéreur, à se procurer tous les actes de vente antérieurs au sien! On oublie donc que ces actes, ou la plupart d'entre eux, peuvent être des actes sous seing privé non enregistrés, et que, pour les faire transcrire, ce ne serait pas un simple droit fixe qu'il y aurait à acquitter, mais un droit proportionnel de 6 fr. 5 cent. pour 100, par chaque acte, indépendamment des autres frais de transcription[1]! Eût-il été juste de mettre à la charge du nouveau propriétaire le payement ou, tout au moins, l'avance de frais aussi considérables, sans aucune certitude pour lui d'en être remboursé par les véritables débiteurs[2]?

V.

Il me paraît, je dirais il est manifeste, si la proposition n'avait rencontré des contradicteurs, que les solutions, que je viens de présenter, devraient être les mêmes, si Pierre, au lieu de vendre à Tertius l'immeuble par lui déjà vendu à Primus, et par

[1] V., au tome Ier, le *Résumé historique*, p. XLI et suiv.

[2] Conf. Bressolles, *Exposé*, etc., n° 46; V. également les auteurs cités *suprà*, n° II.

Digitized by Google

ce dernier à Secundus, avait conféré à Tertius, sur cet immeuble, une hypothèque [1].

VI.

Si Primus, dans notre hypothèse, quoique n'ayant pas fait transcrire son contrat, avait cependant, non pas vendu, mais donné l'immeuble en hypothèque à Secundus, et que ce dernier eût pris inscription avant que Tertius, créancier hypothécaire de Pierre, eût pris inscription de son côté, lequel devrait l'emporter de Tertius ou de Secundus?

Il semble, d'après les principes que je viens de développer, que ce doit être Secundus; et telle est, en effet, la solution adoptée par M. Troplong [2], solution conforme à deux arrêts, l'un de la chambre des requêtes et l'autre de la Cour de Grenoble [3].

J'avais été disposé, d'abord, à suivre, avec M. Dalloz, un autre sentiment [4]; mais, en y réfléchissant mieux, j'ai reconnu que cette solution serait un démenti à l'opinion que j'ai adoptée sur la question précédente, et qu'elle a contre elle le texte de l'article 3 de la loi du 23 mars.

Le raisonnement qu'on trouve dans la *Jurisprudence générale* est celui-ci :

« Les créanciers hypothécaires du vendeur sont des *tiers*, vis-à-vis de l'acquéreur, de même que les acquéreurs successifs sont des *tiers*, les uns par rapport aux autres, quoique ayant tous le vendeur pour auteur commun; c'est la loi elle-même qui le dit. Les premiers ont donc le droit, nous semble-t-il, de tenir au créancier hypothécaire de l'acquéreur, inscrit avant eux, ce langage: Tant que votre auteur n'a pas transcrit, il n'est pas réputé, *à notre égard*, propriétaire; l'hypothèque qu'il vous a conférée est donc, *respectivement à nous*, une hypothèque concédée sur la chose d'autrui; elle est nulle, par conséquent, non pas d'une nullité absolue, mais d'une nullité relative, c'est-à-dire qu'elle ne saurait nous préjudicier... »

[1] *Contrà*, Lesenne, *Comment.*, n° 65; Bressolles, *Exposé*, etc., n° 47.

[2] *De la transcr.*, n° 168; Conf. Bressolles, n°s 48 et 86.

[3] Req., 13 brum. an XIV, aff. Lambert; Grenoble, 9 mars 1831, aff. Monnier-Ponthot; *Jur. gén.*, v° *Priv. et hyp.*, n° 1722; V. aussi Paris, 9 mess. an XII, aff. Dambrené, *ibid.*, n° 1723.

[4] *Jur. gén.*, v° *Priv. et hyp.*, n° 1722; Conf. Fons, *Précis sur la transcr.*, n° 44; Lesenne, *Comment.*, n° 66; Sellier, *Comment.*, loc. cit.

Digitized by Google

Tertius, dans la question précédente, ne pourrait-il pas tenir à Secundus, acquéreur de Primus, qui n'a pas fait transcrire, exactement le même langage? Ne pourrait-il pas lui dire: Primus, votre auteur, n'ayant pas fait transcrire, n'est pas réputé, à mon égard, propriétaire de l'immeuble qu'il vous a transmis; vous êtes donc, par rapport à moi, qui suis un tiers, dans la même position que celui qui aurait acheté *à non domino;* vous ne pouvez, par conséquent, m'opposer votre transcription?

Si l'argument ne m'a pas semblé concluant dans le premier cas, pourquoi le serait-il plus dans le second?

Il y a, d'ailleurs, à répondre que, la vente étant parfaite entre les parties, sans le secours de la transcription (C. Nap. 1583), Primus, quoique n'ayant pas transcrit, a pu vendre à Secundus, comme il a pu lui conférer hypothèque, et qu'il suffit à ce dernier, pour être préféré à Tertius, créancier hypothécaire de Pierre, l'auteur commun, et qui ne prétend, d'ailleurs, à aucun droit de propriété sur l'immeuble, qu'il ait pris inscription avant lui. L'article 3 de la loi du 23 mars 1855 n'en exige pas plus; il ne fait pas la distinction dont voudrait s'autoriser Tertius pour repousser l'hypothèque de Secundus; et, cette distinction, il n'est pas permis de la suppléer, dans une matière qui est de droit étroit, puisqu'il s'agit de déchéance.

Et remarquez où conduirait le raisonnement, dans le système contraire. Je suppose qu'avant Primus, il y ait plusieurs acquéreurs successifs qui, comme lui, n'aient pas fait transcrire, il faudrait donc, pour que Secundus pût faire valoir son hypothèque, qu'avant de prendre inscription, il fît transcrire, non-seulement le contrat de Primus, mais encore les contrats de tous les acquéreurs antérieurs à ce dernier; chose, ainsi que je l'ai dit plus haut, véritablement exorbitante!

VII.

Mais, supposé que Tertius, au lieu d'être simplement un créancier hypothécaire de Pierre, ait acquis de ce dernier, soit avant, soit depuis la vente faite à Primus, l'immeuble sur lequel Primus, qui n'a pas fait transcrire, a conféré hypothèque à Secundus, suffira-t-il à Secundus d'avoir pris inscription, avant que Tertius ait fait transcrire son contrat, pour avoir le droit d'opposer à Tertius son hypothèque?

J'estime que, dans ce cas, il faut répondre négativement. Ter-

Digitized by Google

tius, qui a fait transcrire son titre avant que Primus ait fait transcrire le sien, est, d'après les principes exposés *suprà*, préférable à Primus; il est, par conséquent, le vrai propriétaire de l'immeuble, sur lequel, par suite, Primus est réputé n'avoir jamais eu aucun droit. Avec le contrat de Primus, s'anéantit l'hypothèque de Secundus, d'après la règle, confirmée par les articles 2125 et 2182 du Code : *nemo plus juris ad alium transferre potest quàm ipse haberet* (L. 54, D., *De reg. jur.*) A quel titre donc Secundus prétendrait-il exercer le droit de suite sur un immeuble qui n'a jamais appartenu à son débiteur?

VIII.

Tout cela peut paraître incohérent; tout cela, sans doute, comme je l'ai expliqué au n° IV [1], n'est pas sans danger pour les tiers; mais ce sont, à mon sens, les conséquences logiques du principe énoncé en l'article 3; conséquences dont il ne faut pas même accuser l'imprévoyance du législateur, qui se borne à poser la règle, et ne saurait descendre à tous les cas particuliers. FLANDIN.

ÉTUDE HISTORIQUE ET JURIDIQUE

SUR LES SPECTACLES ET SUR LA CONDITION LÉGALE DES ACTEURS

CHEZ LES ROMAINS.

Par M. Lamache, professeur à la Faculté de droit de Strasbourg.

DEUXIÈME ARTICLE [2].

La milice de l'arène comprenait enfin des hommes libres, combattants volontaires. Tite-Live rapporte que, dans un spectacle de gladiateurs donné par Scipion à Carthage, en exécution d'un vœu fait aux dieux, l'épée ne fut maniée que par des ingénus se battant gratuitement [3]. Tertullien, que je cite sou-

[1] V. aussi, dans la *Jur. gén.*, loc. cit.
[2] V. la *Revue critique*, t. XVIII, p. 44.
[3] Liv., L. 28.

Digitized by Google

vent parce qu'il fournit d'abondants renseignements sur ce côté des mœurs romaines, témoigne que les vocations déterminées par le désir des applaudissements et l'attrait même du péril n'étaient pas rares de son temps. Il exhorte les fidèles à souffrir pour la vérité et pour leur salut éternel ce que tant d'autres recherchaient sous l'impulsion d'une vanité stérile : « Que d'oisifs le goût des combats n'a-t-il pas fait entrer dans les troupes de gladiateurs! Il les met aux prises même avec les lions et les tigres; et tout déchirés de morsures, ces hommes se croient embellis par leurs cicatrices [1]. » Ailleurs il répond aux païens qui, ne pouvant comprendre le mobile surhumain des martyrs, accusaient le christianisme d'inspirer à ses adeptes une indifférence stupide pour la vie : « Chez les vôtres, vous appelez amour de la gloire ce que vous flétrissez chez nous du nom d'insensibilité..... Apparemment ce n'est pas l'amour de la vie qui vous enrôle pour les combats de l'arène. En pleine paix, on vous voit, chaque jour, librement et spontanément affronter les bêtes féroces [2]. »

Des chevaliers, des sénateurs, des matrones même payèrent de leur personne dans les jeux de l'amphithéâtre : dégoût d'esprits blasés et besoin d'irritantes émotions, dépravation croissante des mœurs publiques, ambition des succès de théâtre s'éveillant chez des patriciens qui ne pouvaient plus viser à la grande gloire sans devenir suspects à quelque indigne empereur. Ou bien c'était un jeune noble, Acilius, qui se dégradait à dessein en jouant le rôle de bestiaire, dans l'espoir de se faire pardonner ainsi par Domitien l'illustration de sa race. Stérile avilissement : « Il ne lui servit de rien d'avoir enferré des ours, nu dans l'arène d'Albe [3]. »

A côté des combattants qui ne figuraient dans les jeux qu'accidentellement et gratuitement, d'autres, plus nombreux sans doute, obéissaient aux conseils de la misère et à l'appât de la solde. Se louer pour servir dans l'arène était une dernière ressource ouverte aux hommes perdus de dettes et de vices, aux existences aventureuses et affamées : « Quand Eutrapelus voulait perdre quelqu'un, il lui faisait présent de vêtements magnifiques. Cet homme, pensait-il, avec les beaux habits prendra de

[1] Tert., *ad Martyr.*
[2] Tert., *ad Nat.*
[3] Juv., sat. 4, L. 1.

Digitized by Google

nouvelles allures et ne doutera de rien. Il dormira la grasse matinée, mettra tous ses devoirs sous les pieds d'une courtisane, fera profiter à ses dépens les écus de l'usurier, et, finalement, il se réduit à *se louer comme gladiateur*, ou à conduire, moyennant salaire, la rosse de quelque maraîcher[1]. »

Celui qui s'engageait pour servir dans l'arène jurait d'obéir au laniste et de tout souffrir sur son ordre, les chaînes, le fouet, la mort : *uri, vinciri, ferroque necari* : « Misérables, dit Sénèque, qui ne boivent et ne mangent que pour former un sang qu'ils devront rendre à première réquisition[2]. » Cet engagement sinistre, appelé *auctoramentum*[3], n'était toutefois qu'un louage de services, auquel le serment de l'engagé et la coutume conféraient un caractère spécial; *locatio operarum*, c'est la qualification qui lui est donnée par les jurisconsultes romains. A la différence du gladiateur et du bestiaire, qui subissaient leur office par suite de condamnations, l'engagé volontaire ne devenait pas esclave[4]. Gaïus, faisant remarquer que le vol peut avoir pour objet une personne libre, donne comme exemple le cas où l'on déroberait à un laniste son *auctoratus*[5]. Bien mieux, l'engagé conservait la plupart de ses droits de citoyen; je reviendrai bientôt sur ce point.

Parmi les libérés de l'amphithéâtre, esclaves qui avaient été affranchis, ou servants volontaires qui avaient fini leur temps, plus d'un retournait au périlleux métier, soit que la fièvre du combat et l'ivresse des applaudissements lui fussent devenues comme nécessaires, soit qu'il se laissât tenter par une forte prime de rengagement. Claude donna des jeux composés de *rudiarii* dont chacun reçut 100,000 sesterces, environ 21,000 francs[6]. Il ne fallait pas un grand nombre de congés de ce genre pour que l'heureux combattant pût suspendre ses armes dans le temple d'Hercule, et vivre doucement du prix de ses dangers passés. C'était, hélas! le sort du bien petit nombre; entrés dans l'amphithéâtre par la *porte de la chair vive* (*sana-*

[1] Hor., *Ep.* 18, L. 1. — V. aussi Juven., sat. 11.
[2] Sen., *Ep.* 37. — Cicer., *Philip.*, 11, 5.
[3] Paul., *Coll. leg. mos. et rom.*, 4, 3.
[4] Cod. 3, 28, L. 11.
[5] Gaïus, *Inst. comm.*, 3, § 199.
[6] Suet.

Digitized by Google

vivaria), la plupart en sortaient tôt ou tard par la *porte de la chair morte* (*sandapilaria*).

Des trois sources qui alimentaient l'arène, esclavage, condamnations, libres engagements, la première et la troisième étaient communes aux diverses classes d'acteurs. Des esclaves en majorité et des engagés volontaires de bas étage composaient le personnel des théâtres. Dans les comédies de Plaute, les acteurs font souvent des allusions grotesques aux misères de leur condition servile. Celui qui joue le rôle de Mercure dans l'*Amphitryon* ne dissimule pas aux spectateurs que sa divinité le rassure médiocrement contre le danger des étrivières, et que Jupiter lui-même craint quelque désagrément pour ses épaules, après que le rideau sera baissé. Une troupe de comédiens, de tragédiens, de mimes, de danseurs, de chanteurs, se vendait comme un attelage de mules ou de chevaux appareillés; ces deux genres de collections sont juxtaposées par les jurisconsultes dans les textes où ils examinent si le vice rédhibitoire, qui entache l'un des objets vendus simultanément, autorise la demande en résiliation du marché pour tous [1]. Quelque romain opulent possédait sans doute, parmi ses milliers d'esclaves, un personnel théâtral au grand complet, comme ce seigneur russe qui fit représenter devant l'impératrice Catherine II, un opéra dont les acteurs et les actrices, les danseurs et les danseuses, le poëte même et le compositeur étaient tous des serfs de ses domaines [2]. Heureux le maître qui avait su découvrir, chez un jeune sujet de son troupeau humain, des disposition naturelles pour le théâtre ou pour le cirque! Développées par la culture, elles décuplaient la valeur vénale de l'esclave. Paul, après avoir rappelé que l'acheteur évincé peut se faire payer le montant des améliorations, ajoute que cette règle ne doit pas cependant être appliquée rigoureusement à une plus-value énorme et qui dépasse toutes les prévisions du vendeur : « Tel est le cas, dit-il, où un esclave vendu moyennant une faible somme est devenu pantomime ou cocher du cirque [3]. » Le plaidoyer *Pro Roscio* se rattache, on le sait, à une association entre le célèbre acteur de ce nom et un certain Cherea qui lui avait confié un de ses esclaves, Panurge, pour qu'il le formât dans son art. Panurge,

[1] Dig. 21, , L. 34; L. 38, § 14.
[2] Ségur, *Mémoires et souvenirs*, t. III, p. 199.
[3] Dig., 19, 1, L. 43.

Digitized by Google

qui était devenu la propriété commune des deux associés, ayant été tué, Roscius transigea pour son compte avec l'auteur du meurtre, du dommage, et sa seule part dans l'indemnité s'éleva à 100,000 sesterces. Les succès d'un esclave comédien mettaient en jeu tout à la fois l'amour-propre et l'intérêt du propriétaire qui le louait d'autant plus cher que son talent était plus vivement acclamé; aussi les cabales de théâtre étaient-elles très-actives dès le temps de Plaute.

Lorsqu'un maître, en accordant la liberté à un esclave, s'était fait promettre ses *operæ*, il pouvait, si l'affranchi était mime, pantomime, histrion, exiger son concours gratuit non-seulement aux jeux que lui-même donnait, mais encore à ceux qui étaient donnés par ses amis. Toutefois on ne lui permettait pas de tirer profit pécuniaire de ces services artistiques, à moins qu'il ne fût trop pauvre pour les utiliser autrement. Quant au gladiateur et au bestiaire, ils n'étaient pas tenus d'exercer leur dangereux métier pour les plaisirs du patron [1].

Dans la classe des hommes libres, il n'y avait guère que les affranchis ou les ingénus de la plus misérable condition, qui fournissent des recrues au théâtre. Il est vrai qu'au temps de l'empire quelques nobles montèrent volontairement sur les planches; mais alors, en quels accents éclate l'indignation du poëte! « Après avoir dévoré ton patrimoine, Damasippe, tu as loué ta voix pour crier dans le Spectre de Catulle. Le Lauréole aussi a été fort bien joué par l'agile Lentulus, digne, à mon avis, d'être attaché à une vraie croix. Et le peuple lui-même n'est-il pas inexcusable, ce peuple qui a le front de s'installer au théâtre pour regarder les parades de nos patriciens, pour écouter les platitudes des Fabius, pour rire des soufflets que reçoivent les Mamercus. Qu'importe le prix auquel ils ont mis leur suicide! Ils se vendent sans qu'un Néron les y contraigne; ils courent se vendre au préteur Celsus [2] ». La loi romaine approuve la colère de Juvénal : gardienne jalouse de l'honneur militaire, elle considère comme un crime capital l'enrôlement du soldat dans une troupe d'acteurs [3].

La profession d'entrepreneur de théâtre, telle que nous la voyons organisée aujourd'hui, ne paraît pas avoir existé chez

[1] Dig., 38, 1, L. 25, § 1; L. 27, L. 38. — Et L. 40, 12, L. 44.
[2] Juven., sat. 8.
[3] Dig., 48, 19, L. 14.

Digitized by Google

les Romains, précisément parce que les spectacles étaient un office des magistrats et des prêtres. L'auteur qui avait écrit le poëme, l'homme libre qui s'offrait pour jouer dans la pièce, le chef d'une troupe de comédiens esclaves, traitaient directement avec le président des jeux; et celui-ci prêtait même les costumes nécessaires pour la représentation, ce qui fournit à Ulpien l'exemple, que l'on trouverait fort rarement dans d'autres circonstances, d'un commodat ayant lieu dans l'intérêt exclusif du commodant [1].

Les jeux publics, malgré leur caractère sacré, empruntaient donc presque tout leur personnel au rebut de la société, aux condamnés, aux esclaves, aux affranchis; ou bien, lorsqu'ils recevaient exceptionnellement un homme de bonne famille, l'empressement ironique et la joie insolente de la populace étaient le premier châtiment de sa dégradation.

La condition légale des acteurs qui appartenaient à des particuliers, ou qui étaient *servi pœnæ*, n'a pas besoin d'être développée : esclaves, ce mot dit tout. Peu importait que le *servus pœnæ* n'eût d'autre maître que le châtiment; l'esclavage, avec toutes ses lamentables conséquences de droit et de fait, ne l'en atteignait pas moins dès le moment de la sentence [2]; et même, en un sens, il était au-dessous de l'esclave ordinaire, puisqu'il n'avait pas la capacité que celui-ci empruntait à la personne de son maître, et qui lui permettait d'être du moins un instrument juridique d'acquisition [3]. Cependant, par dérogation à la règle commune, on concédait la faculté de tester au soldat qui avait été condamné pour délit militaire à descendre dans l'arène [4].

Quant à la situation des acteurs libres, elle avait, j'en conviens, son côté séduisant. Roscius gagnait facilement en une année 5 à 600,000 sesterces, une centaine de mille francs [5]; et non-seulement cet artiste d'un ordre élevé et d'une intelligence supérieure jouissait de la familiarité des grands, mais on vit plus tard les patriciens et les plus nobles dames former une cour au pantomime en renom : il fallut un sénatus-consulte pour les empêcher de lui faire humblement cortége dans la

[1] Dig., 13, 6, L. 5, § 10.
[2] Dig., 28, 3, L. 6, § 6; Cod. 6, 21, L. 13.
[3] D., 34, 8, L. 3.
[4] Dig., 28, 3, L. 6, § 6.
[5] Cic., *pro Rosc.*, 8, 10.

Digitized by Google

rue [1]. Des histrions furent les tout-puissants favoris des empereurs, dispensant jusqu'aux honneurs militaires, et mettant au doigt des poëtes l'anneau de chevalier [2]. Les bonnes fortunes des gens de théâtre fournirent aux satires de l'époque impériale leur aliment le plus fécond, et Tertullien, de son côté, constate crûment, en quelques lignes d'une énergie singulière, les étranges caprices que ces hommes inspiraient [3]. Qui le croirait? l'*arenarius* lui-même allumait de ces folles passions. L'infamie plus spéciale qui pesait sur lui, devenait, pour certaines imaginations déréglées, une incitation piquante à goûter du fruit doublement défendu; et puis l'incertitude d'une existence disputée chaque jour aux plus dramatiques périls, prêtait je ne sais quelle âcre saveur à des amours toutes palpitantes encore des émotions de l'arène, et qui le lendemain, peut-être, seraient éteintes à jamais par la griffe d'un lion ou le tranchant d'un glaive. Juvénal, parlant de ces dames romaines qui abandonnaient patrie, maison, époux, enfants, pour s'attacher à un gladiateur, peint d'un trait l'effrayante et mystérieuse affinité du sang et de la luxure : « c'est le fer qu'elles aiment, *ferrum est quod amant*. » Ce qui les échauffe et les enivre, c'est la vapeur de sang dont cet homme est entouré. Cette dépravation de mœurs allait quelquefois jusqu'à une complète dépravation du goût, et le sentiment de la beauté physique périssait à son tour dans le naufrage où s'étaient abîmés tous les sentiments de dignité morale :

« Quels charmes ont donc enflammé Hippia? Quels juvéniles attraits l'ont séduite? Sous l'empire de quelle fascination a-t-elle pu s'unir à la boue de l'arène? car enfin ce pauvre Sergius commençait à raser une barbe grisonnante; il avait perdu un bras, et il s'attendait à une prochaine réforme. Sa figure présentait mainte difformité, entre autres une loupe énorme que la pression exercée par le casque refoulait jusque sur le nez, et deux petits yeux éraillés qui soulageaient leur mal par un suintement continuel. Mais c'était un gladiateur. Ce beau métier fait d'eux autant d'Hyacinthe [4]. »

[1] Tac., *Ann.*, 1, 77.
[2] Juven., sat. 7.
[3] Tert., *De spect.*, c. 22.
[4] Juven., sat. 6.

Digitized by Google

L'existence des acteurs n'était donc dénuée ni d'avantages, ni de prestige; mais voici le revers de la médaille.

Premièrement, en cas de famine, Rome commençait par chasser de ses murs ces innombrables serviteurs et servantes de ses plaisirs; il est vrai qu'elle mettait aussi à la porte les rhéteurs, les grammairiens, les philosophes, et il lui arriva même de se débarrasser de ceux-ci tout en gardant ses trois mille danseuses. En second lieu la loi Julia *de vi publica* permettait aux magistrats de réprimer par les verges la turbulence et l'audace de ces légions d'acteurs qui passionnaient le public par leurs rivalités et leurs querelles; elle les armait contre eux d'un droit de correction disciplinaire, analogue à celui que les centurions exerçaient sur les soldats [1]. Je ne parle pas de leur expulsion en masse que prononcèrent divers sénatus-consultes ou décrets dans l'intérêt de l'ordre public; on lit cinq ou six fois dans l'histoire romaine : *Italia pulsi sunt histriones;* mais ils ne tardaient pas à revenir. Enfin, et ceci est plus grave, la plupart encouraient l'infamie légale par le fait même de leur profession.

Etaient infâmes les hommes qui s'étaient loués pour combattre dans l'arène, les lanistes eux-mêmes, et, d'autre part, les *scenici*, tous ceux qui, moyennant salaire, se donnaient en spectacle sur un théâtre public. Aucun blâme n'atteignait les acteurs des atellanes, la jeunesse romaine se plaisant à représenter gratuitement ce genre de pièces, et ne souffrant pas, dit Tite-Live, qu'il fût souillé par des histrions [2].

La note légale d'infamie, outre qu'elle désignait officiellement au mépris public ceux qui en étaient l'objet, leur faisait perdre à jamais les droits politiques, le *jus suffragii*, le droit de servir dans les légions, le *jus honorum* [3] : peine très-grave aux yeux des anciens Romains, mais dont l'efficacité se trouva notablement amoindrie sous les empereurs par l'abolition des comices et par la concentration des pouvoirs dans les mains d'un seul homme qui pouvait exempter ses créatures de l'application des règles communes. Cependant l'indignation fut profonde lorsqu'Héliogabale en vint à cet excès de livrer les plus hautes di-

[1] Paul, *Sent.* 5, 18. — La police des spectacles appartenait spécialement, sous l'empire, au préfet de la ville; Dig., 1, 12, L. 1, § 12.

[2] Dig., 3, 1, L. 1, § 6; 3, 2, L. 2, § 5. — Val. Max., 2, 1; Liv. VII, 2.

[3] Cod. 10, 57, L. 1. — Val. Max., 2, 1. — August., *De civit. Dei*, 2, 13.

Digitized by Google

gnités de l'empire à des comédiens, de nommer préfet des cohortes prétoriennes un danseur fameux qui n'avait jamais exercé d'autre métier, et de tirer du théâtre un président pour le Sénat [1].

Dans l'ordre des droits privés, l'infamie ne produisait que des incapacités partielles et peu nombreuses. L'édit du préteur refusait aux infâmes la faculté de représenter autrui en justice [2]. La loi de Julia *de maritandis ordinibus* mit empêchement au mariage des actrices avec les ingénus, et même à celui des filles d'acteurs ou d'actrices avec les sénateurs [3]. Les frères et sœurs d'un testateur qui leur avait préféré des personnes de condition abjecte, pouvaient attaquer son testament par la plainte d'inofficiosité; à plus forte raison étaient-ils admis à réclamer contre l'institué positivement infâme [4]. En se faisant arenarius ou comédien, un fils fournissait à son père un juste motif d'exhérédation, à moins que le père n'eût consenti à son engagement ou qu'il n'exerçât la même profession [5].

L'infamie atteignait quiconque s'était loué pour se battre contre les bêtes, n'eût-il pas combattu, tandis que l'enrôlement dans une troupe de comédiens, non suivi d'effet, demeurait impuni : « Paraître sur le théâtre n'étant pas une action tellement honteuse, dit le jurisconsulte, qu'on doive punir jusqu'à l'intention de la commettre [6]. » Plus populaire que le théâtre, l'arène était donc, d'une autre part, encore plus flétrissante. Le gladiateur et le bestiaire sont déclarés expressément incapables de porter témoignage en justice [7]; ils sont compris par la loi dans le petit nombre d'hommes qu'un mari avait le droit d'occire s'il les surprenait en criminelle conversation avec sa femme [8]; et le poëte, d'accord avec la jurisprudence, dans la série de ses griefs contre des nobles dégénérés, place au point culminant de l'échelle d'infamie, les combats soutenus publiquement par quelques-uns d'entre eux en qualité de gladiateurs [9].

[1] Hérod., *Hist. rom.*, L. 5.
[2] Dig., 3, 1.
[3] Ulp., *Reg.*, tit. 13.
[4] Inst., 2, 18, § 1.
[5] Cod. 3, 28, L. 11; Nov. 115, c. 3, § 10.
[6] Dig, 3, 1, L. 1, § 6, et 3, 2, L. 3.
[7] Ulp., *Coll. leg. mos. et rom.*, t. IX, § 2.
[8] *Ibid.*, t. IV, § 3.
[9] Juven., sat. 8.

Digitized by Google

Dans plusieurs écrits littéraires ou historiques d'un incontestable mérite, on lit que la loi romaine privait les acteurs des droits de cité[1]. C'est une de ces assertions inexactes qui vont se reproduisant de livre en livre, faute de quelques renseignements juridiques qu'il eût été si facile de demander à l'ancienne et naturelle confraternité du Droit et des Lettres. Même les plus décriés de tous les acteurs, les *arenarii* n'encouraient point une telle pénalité : « In arenam non damnato, sed sua sponte arenario constituto, legitimæ successiones integræ sunt, sicut *civitas* et libertas manet[2]. » Déchus des droits politiques, ils conservaient la jouissance et l'exercice de presque tous les droits privés qui étaient propres au citoyen romain, qui distinguaient si profondément sa condition légale de celle du pérégrin, et qui formaient la partie la plus importante peut-être du *jus civitatis*. Aussi bien, n'est-il pas besoin de recourir aux textes juridiques, il suffit d'ouvrir la *Satire des femmes*, pour y trouver un de ces droits, le droit de tester, exercé dans toute sa plénitude par les infâmes *arenarii* : « Ta femme te prescrira tes affections..... Tandis que l'entremetteur et le laniste ont la liberté de tester, et que le même droit appartient aux gens de l'arène, elle te dictera, pour que tu l'écrives dans ton testament, le nom de plus d'un rival. » Il est vrai que Tertullien a écrit : « Quadrigarios, scenicos, xysticos, arenarios illos amentissimos..... damnant ignominia et *capitis minutione*, arcentes curia, rostris, senatu, cæterisque honoribus[3], » et les expressions *capitis minutio*, prises dans leur acception technique, signifieraient ici perte des droits de cité ; mais Modestin nous avertit que le langage usuel leur prêtait un sens plus étendu, comprenant toute atteinte grave et légale portée à l'*existimatio*[4]. Tertullien s'est conformé à ce langage usuel dont on trouve plusieurs exemples dans les plaidoyers de Cicéron ; sous sa plume, les mots *capitis minutio* expriment simplement l'infamie, et, en effet, les dé

[1] Cette assertion, peu exacte, se trouve même dans un ouvrage aussi remarquable par l'étendue et la profondeur des recherches que par l'élévation des vues et le mérite du style : *Les Césars*, par le comte Franz de Champagny, t. II, p. 370, un des plus beaux et des plus savants livres, à mon avis, qui aient été publiés de notre temps.

[2] Cod. 3, 28, L. 11.

[3] Tert., *De spect.*, c. 22.

[4] Dig., 50, 16, L. 103.

Digitized by Google

chéances spéciales qu'il mentionne se réfèrent exclusivement au *jus publicum*[1].

Encore bien que ce même texte de Tertullien, négligeant les nuances, semble couvrir d'une égale ignominie les gens de l'arène, les comédiens, les cochers du cirque, les athlètes, il est certain que de l'une à l'autre de ces quatre classes la note honteuse s'atténuait. J'ai déjà montré la flétrissure du théâtre moins profonde que celle de l'arène. Ni les cochers ni les athlètes ne sont compris par la jurisprudence au nombre des *infâmes*[2]. Toutefois les premiers sont qualifiés d'*inhonestæ personæ* par la constitution qui défend de placer leurs statues, non plus que celles des pantomimes et des histrions, sous les portiques où l'on avait coutume d'exposer les images impériales[3]; ils étaient de ceux auxquels l'accès des honneurs devait rester fermé[4], et dont l'institution aurait été sans doute annulée sur la plainte des frères ou sœurs du testateur. Les athlètes eux-mêmes, quoique ce fussent ordinairement non pas des esclaves, ni même des affranchis, mais des ingénus[5]; quoique l'immunité des charges et corvées publiques fût accordée à ceux dont la carrière avait été illustrée par trois couronnes obtenues dans des jeux solennels[6]; quoique les jurisconsultes parlent avec estime de leurs exercices[7]; quoique cette honorabilité relative se manifeste jusque dans le grand nombre de figures et comparaisons que les Pères même latins se plaisent à emprunter à leur discipline et à leurs travaux, les athlètes étaient loin d'obtenir chez les Romains la considération que les Grecs leur avaient accordée. Dans le Dialogue *de Oratoribus*, un des interlocuteurs essayant de ramener aux luttes du barreau son ami qui les avait désertées pour le culte des Muses, lui dit : « *Si vous étiez né en Grèce, où les exercices des jeux publics n'ont rien que d'honorable,* je ne souffrirais pas que ces bras énormes et faits pour le pugilat ou la lutte, s'al-

[1] J'ai fait remarquer plus haut la sévérité exceptionnelle de la loi à l'égard du militaire qui devenait acteur.
[2] Dig., 3, 2, L. 4 pr.
[3] Cod. 11, 40, L. 4.
[4] Cod. 12, 1, L. 2.
[5] Dig., 9, 2, L. 7, § 4.
[6] Cod. 10, 53, L. 1.
[7] « Virtutis gratia hoc faciunt. » Dig., *locis cit.*

Digitized by Google

languissent dans le jet du disque ou du javelot léger[1]. » Emilius Probus exprime clairement la gravité décroissante des atteintes portées à l'*existimatio* par ces diverses professions : « Chez les Grecs, se donner en spectacle au peuple, n'était une honte pour personne; chez nous, c'est ou bien une cause d'infamie, ou bien une action basse, une de ces choses qu'un homme honorable ne se permet pas[2]. »

Je reviens à ce qui concerne spécialement les gladiateurs. Des bandes d'esclaves ou d'hommes perdus, familiarisés avec le glaive et accoutumés à se jouer de la mort, ne laissaient pas d'être inquiétantes pour l'ordre social. Spartacus et ses vaillants compagnons de révolte avaient tenu en échec successivement trois armées romaines. Dans les troubles civils, les gladiateurs à la solde d'un ambitieux étaient tout à la fois pour lui un moyen d'intimidation et un moyen de popularité ; il les lâchait contre ses adversaires, ou bien il enlevait les suffrages de la multitude en lui donnant ses jeux préférés. L'énormité des frais qu'entraînaient ces spectacles méritait aussi considération. D'une autre part, le peu qui restait de fibres généreuses chez les Romains était blessé au vif quand ils voyaient se mêler à la vile tourbe de l'arène des hommes se rattachant par leur famille et par leur nom aux anciennes gloires de la patrie. Enfin, la coutume ne pouvait pas avoir si radicalement faussé toutes les consciences, que pas une ne murmurât contre l'excès de ces cruels plaisirs. Cicéron, l'orateur philosophe, n'exprime qu'un faible doute personnel sur leur légitimité, mais il constate que plusieurs de ses contemporains y trouvaient matière à blâme : « Quelques-uns reprochent aux combats de gladiateurs d'être inhumains et cruels ; je ne sais si cette accusation est méritée dans l'état de choses actuel ; mais, lorsque les combattants étaient des condamnés, certes on pouvait entendre, mais il était impossible de voir une école qui enseignât plus énergiquement le mépris de la douleur et de la mort[3]. » Tacite rapporte que Drusus choqua l'opinion publique en se réjouissant trop vivement de l'effusion du sang dans des jeux auxquels il présidait. Sénèque témoigne le dégoût que lui cau-

[1] *De orat.*, c. 10.

[2] « Quæ omnia apud nos partim infamia, partim humilia atque ab honestate remota ponuntur. »

[3] Cic., *Tusc.*, L. 2.

Digitized by Google

saient les barbaries capricieuses du milieu de la journée, *ludicra meridianorum crudelitas.*

Sous l'influence de ces divers motifs, il y eut quelques essais de réforme partielle. Cicéron fit interdire aux citoyens qui briguaient les honneurs, la faculté de donner des jeux pendant les deux années précédant leur candidature [1]. Auguste réduisit à soixante le nombre des paires de gladiateurs qui pourraient figurer dans chaque spectacle [2]. Néron, dans les commencements heureux de son règne, si vite et si tristement démentis, défendit aux gouverneurs des provinces de donner des combats d'hommes ou de bêtes, parce qu'ils rançonnaient les populations pour subvenir aux frais de leur prétendue munificence [3]. A diverses reprises, l'arène fut interdite aux sénateurs et aux chevaliers. Palliatifs impuissants, barrières posées un jour, renversées le lendemain, et que le sénat lui-même, lorsqu'il possédait encore une ombre d'influence, faisait fléchir complaisamment devant les désirs populaires. Sous Néron, les Syracusains ayant demandé à être exemptés des règlements qui limitaient les jeux de gladiateurs, Thraseas combattit vigoureusement leur pétition dans le sénat; non-seulement il ne rallia personne à ses scrupules, mais il fut critiqué par ses amis qui lui reprochaient de se laisser détourner par une pareille misère de la discussion des grandes et sérieuses affaires [4]. Marc-Aurèle abaissa notablement le salaire des acteurs, et, quoiqu'il eût donné lui-même des jeux en mémoire de son père, le bruit se répandit parmi le peuple, nous dit Capitolinus, que son intention était de supprimer les spectacles et de mettre ses sujets au régime de la philosophie. Fondées ou non, ces craintes populaires font le plus grand honneur à Marc-Aurèle; mais, pour peu qu'il tînt à sa couronne, il fit sagement de ne point donner suite au projet. Supprimer les jeux! autant aurait valu essayer de supprimer les distributions de blé.

L'abolition des combats de gladiateurs ne put être tentée qu'après que le christianisme, victorieux dans la plupart des âmes, eut pris possession du trône. Non-seulement une religion de charité réprouvait des plaisirs homicides, et, par la voix de

[1] Cic., *in Vatin.*, 15.
[2] Dion, 54.
[3] Tac., *Ann.*, 13, 5.
[4] *Ibid.*, 13, 49.

Digitized by Google

ses plus éloquents interprètes, rappelait les malédictions prononcées par Dieu contre l'homme qui aime le sang; non-seulement une religion pure et chaste interdisait à ses disciples des fêtes non moins licencieuses que cruelles, des amphithéâtres où le spoliaire était voisin d'arcades affectées aux débauches vénales; mais un motif plus décisif encore devait leur en inspirer l'horreur. Pouvaient-ils, sans se rendre complices de l'idolâtrie, assister à des spectacles institués au nom des faux dieux, et où la place d'honneur appartenait à ces idoles au pied desquelles tant de martyrs avaient été immolés? Ce caractère sacré des jeux, qui n'avait pas peu contribué à leur fortune dans le monde païen, devint le signe le plus manifeste de leur perversité aux yeux des chrétiens, et il fut aussi l'occasion de la décision canonique la plus ancienne qui ait été prise contre les combats de gladiateurs. Plusieurs de ces prêtres qui avaient mission de donner des jeux, s'étaient convertis au christianisme, mais sans pouvoir se dépouiller de leur office qui était une charge en même temps qu'un honneur. On comprend à quel péril ils s'exposaient, surtout dans les temps de persécution, en refusant à leur cité les sacrifices et les jeux que celle-ci réclamait aux époques accoutumées. Quelques-uns ayant eu la faiblesse d'accomplir un ministère que leur foi nouvelle leur faisait détester au fond de l'âme, le concile d'Elvire, tenu en 305 ou 306, frappa d'excommunication perpétuelle ceux qui avaient sacrifié, et il soumit à une sévère pénitence ceux qui avaient seulement donné des jeux, prêtant ainsi leur concours au meurtre et à l'impudicité; il les déclara même excommuniés à tout jamais en cas de récidive [1].

Les éloquentes protestations d'Athénagore, de Tertullien, de saint Cyprien contre les spectacles de gladiateurs, furent renouvelées sous Constantin par Lactance. Honoré de l'estime particulière de ce prince qui lui confia l'éducation de son fils Crispus, Lactance ne se proposait plus seulement d'éloigner les fidèles de ces jeux, il en demandait l'abolition au nom du christianisme.

Constantin commença par défendre, en 315, que l'on imprimât sur le visage des condamnés à l'arène, les lettres indicatives de leur condamnation : inscription qui avait pour but de rendre plus difficiles l'évasion et le recel de ces hommes devenus es-

[1] Canons 2 et 3.

Digitized by Google

claves. Constantin prescrivit qu'elle n'eût lieu désormais que sur les mains et les mollets, « afin de ne pas déshonorer, dit sa constitution, la face humaine où se révèle la dignité d'un être créé à l'image de Dieu [1]. » Godefroy, dans son admirable commentaire du Code théodosien, fait remarquer que cette constitution est de la même année que celle qui supprima le supplice de la croix; il rappelle que Lactance, dans ses livres adressés à Constantin lui-même, exalte la noblesse du front de l'homme, sur lequel la piété chrétienne traçait si fréquemment le signe de la rédemption; de ces rapprochements il conclut que les deux constitutions furent inspirées par le même sentiment de respect envers la croix.

Dix ans plus tard, en 325, presque immédiatement après la clôture du concile de Nicée, Constantin porta la loi célèbre par laquelle il interdit le jeu du glaive : « Les spectacles sanglants ne conviennent point au milieu des douceurs de la paix, c'est pourquoi nous prohibons absolument les combats de gladiateurs [2]. » Mais l'édit impérial ne parvint pas à déraciner un usage trop invétéré, trop populaire, trop universel pour qu'il cédât du premier coup. Soit que la constitution de Constantin, donnée à Béryte, ville fameuse par sa passion pour les jeux et par la magnificence de son amphithéâtre, eût un caractère purement local et ne fût applicable qu'à cette ville et à la Phénicie, comme le pense Godefroy; soit que, selon l'opinion communément admise, plus conforme aux expressions générales et absolues du texte, cette loi dictée à Constantin par sa ferveur de néophyte, fût une grande mesure de civilisation chrétienne, et non pas un simple règlement de police provinciale, mais qu'elle se soit heurtée et brisée contre un fond de paganisme encore trop résistant, toujours est-il qu'elle ne mit pas fin aux combats de gladiateurs. Libanius en mentionne qui furent donnés à Antioche quatre ans seulement après la publication de cet édit. Ils subsistèrent en Italie, à Rome, et ils furent dénoncés de nouveau à l'aversion des fidèles par les Ambroise et les Augustin. Constance et Valentinien se bornèrent à défendre que les chrétiens et les officiers du palais fussent condamnés à l'arène, ou fussent admis à y paraître comme engagés volontaires [3]. Théodose le

[1] Cod. Th., 9, 40, L. 2.
[2] Cod. 11, 43, L. un.
[3] Cod. Th., 9, 40, L. 8 et 11.

Digitized by Google

Grand, qui se sentit assez fort pour interdire les sacrifices païens, n'osa cependant ou ne voulut priver Rome d'un plaisir qui lui était plus cher que tout le reste ; car le poëte Prudence invitait en ces termes Honorius, fils et successeur de ce prince, à compléter l'œuvre paternelle :

« Ayez en partage ce que votre père vous a laissé de gloire à moissonner. Il a défendu que le sang des taureaux ruisselât dans Rome ; défendez que Rome soit souillée par le sang des victimes humaines. Que plus un homme n'y tombe, dont la mort soit une volupté publique, et que l'infâme arène se contente désormais de ses bêtes. »

Sourd à cet appel, Honorius célébrait son sixième consulat par des jeux de gladiateurs offerts au peuple dans le Colisée, le 1er janvier 404, lorsque tout à coup l'on vit un inconnu, un moine se jeter entre les combattants, et du geste comme de la voix s'opposer à leur duel impie. Je ne referai point ce récit ; il a été fait admirablement par un écrivain que les lettres enlevèrent au droit ; Ozanam y a mis toute son âme. L'une des plus belles pages de son *Histoire de la civilisation chrétienne au Ve siècle*, est celle où il retrace le dévouement de ce moine obscur, Télémaque, venu du fond de l'Orient à Rome pour y empêcher, au nom de Jésus-Christ, les combats de gladiateurs ; son apparition excitant l'étonnement, puis la rage du peuple, dont il trouble les joies barbares ; l'apôtre de la charité en devenant le martyr, lapidé par les spectateurs, achevé par les combattants qu'il avait voulu séparer, mais triomphant par sa mort d'une coutume criminelle que n'avaient pu vaincre ni l'éloquence des écrivains sacrés, ni le zèle du premier empereur chrétien. Le sang de Télémaque parla plus efficacement que les vers de Prudence ; Honorius abolit les jeux des gladiateurs pour toujours et dans toute l'étendue de l'empire.

Malgré les réclamations des évêques contre la hideuse coutume de tourner en spectacle et en plaisir public les souffrances d'un condamné mis en pièces et mangé par les bêtes[1], elle survécut à l'abolition des combats de gladiateurs. A plus forte raison, le jeu de la chasse fut maintenu. Il s'est perpétué jusqu'à nos jours, sous une forme quelque peu adoucie, et il a conservé, qui ne le sait ? une trop grande popularité en Espagne.

[1] Salv., *De Provid. Dei*, lib. VI.

Digitized by Google

Si l'on peut, si l'on doit blâmer des spectacles où la vie humaine est risquée sans autre utilité que d'amuser le public, une ligne de démarcation profonde sépare cependant les luttes dans lesquelles l'homme déploie sa vigueur et son adresse contre des animaux dont Dieu l'a établi le maître, de celles où il se fait une gloire de blesser ou de tuer son semblable pour récréer les assistants. Mais empire étrange de l'habitude et du préjugé national ! Le gentleman anglais qui assiste à une course de taureaux, détourne les yeux avec dégoût lorsqu'un cheval éventré galope en traînant ses boyaux sur l'arène, et il ne manque pas de se récrier contre la grossièreté sauvage du divertissement espagnol ; puis, de retour dans son île, il encouragera par sa présence, par ses applaudissements, par ses paris, l'obstination furieuse de deux boxeurs qui se briseront réciproquement la mâchoire, selon les traditions de la vieille Angleterre. A mon avis, c'est un honneur pour la France d'avoir fermé ses frontières à ces usages barbares. Ni l'autorité de Cicéron, présentant les combats de gladiateurs comme une école de bravoure, ni l'opinion paradoxale de Juste-Lipse qui estime que leur abolition a porté un coup fâcheux à la virilité des âmes, ni les pages très-spirituelles dans lesquelles un écrivain *des Débats*, rendant compte d'une lutte récente et fameuse de deux boxeurs anglais, a essayé de montrer dans la boxe tout à la fois un signe et une sauvegarde de l'énergie britannique, ne me persuaderont que transformer en jeu l'effusion du sang humain, soit un bon moyen de faire naître chez l'homme la volonté généreuse et forte de s'immoler au devoir. A Rome, le développement des fêtes sanglantes de l'amphithéâtre fut en raison directe de la prostration des forces morales, de l'avilissement des caractères, de la décadence des vertus guerrières. Dans les temps modernes, et tout récemment encore, nos soldats ont prouvé que l'humanité est la compagne naturelle du vrai courage, et que les hommes les moins disposés à tuer par plaisir, sont ceux qui jouent le plus résolûment leur vie sur les nobles champs de bataille.

Les jeux équestres avaient été en honneur chez les Romains longtemps avant l'institution des spectacles sanglants, puisque la loi des XII tables, en prohibant l'usage des couronnes dans les funérailles, excepte celles que le défunt aurait gagnées soit par son mérite personnel, soit par ses esclaves ou par ses che-

Digitized by Google

vaux dans des jeux publics [1]. Je n'écrirais rien qui ne fût connu de tous, en retraçant la magnificence des courses de chars dans les derniers temps de la république et sous l'empire ; la rivalité passionnée des quatre factions bleue, verte, rouge, blanche; les vœux, les paris, les applaudissements, le vainqueur acclamé avec un enthousiasme que n'excitèrent jamais les plus vaillantes légions au retour d'une campagne qui avait sauvé la patrie. Les meilleurs chevaux des haras impériaux et des cirques provenaient de la Cappadoce, de la Phrygie, de l'Espagne [2]. Ils ne paraissaient pas dans les courses avant l'âge de cinq ans, et à l'âge de vingt ans ils cessaient de courir pour être employés à la reproduction [3], l'énergie vitale conservant très-longtemps son intégrité chez les animaux de race noble. Les plus distingués des coureurs étaient nourris aux frais de l'État jusqu'à la fin de leurs jours ; une constitution impériale leur épargnait la série lamentable de déchéances que les modernes triomphateurs de Chantilly subissent avant de tomber aux mains de l'équarrisseur [4].

Si l'abolition des combats de gladiateurs est un mérite que l'on ne peut disputer au christianisme, quelques écrivains semblent reprocher à l'Église d'avoir, d'une autre part, accueilli et éternisé dans sa législation les *préjugés* de Rome contre les gens de théâtre : « C'est de Rome, dit l'un d'eux, que sont venues aux peuples modernes les préventions qui ont si longtemps pesé sur les gens de théâtre. Avant d'être exclus de l'église, ils avaient été chassés de la cité [5]. »

Chassés de la cité, non, mais déclarés infâmes. La peine de l'infamie, quoique inférieure de beaucoup à la privation des droits civils, était-elle encore excessive, injuste, impolitique? Sans rechercher ici les causes diverses des jugements si opposés que la Grèce et Rome portèrent sur l'honorabilité de la profession d'acteur, je me borne à faire remarquer qu'à l'époque de l'apparition du Christianisme, le théâtre ne conservait plus rien de ce qui avait pu l'ennoblir et lui faire pardonner de fâcheuses licences dans les temps où Eschyle, acteur et poëte,

[1] Tab. X. — Plin., *Hist. nat.*, 3.
[2] V. le Comment. de Godefroy sur la L. 1, Cod. Th., 10, 5.
[3] Plin., 8, 42.
[4] Cod. Th., 15, 10.
[5] *Revue européenne*, 1er août 1859.

Digitized by Google

participait au gouvernement d'Athènes, et où les Grecs choisissaient pour ambassadeur, auprès du roi Philippe, le tragédien Aristodème. Le talent d'un Roscius et de quelques autres n'est pas un motif suffisant pour amnistier une classe d'hommes que leurs contemporains sont unanimes à nous représenter comme les plus dangereux artisans de la corruption publique. Écartons, j'y consens, l'opinion et le témoignage des Pères de l'Église, comme s'ils n'étaient pas des juges compétents à tous égards. Ovide, qui n'est pas un puritain, Cicéron, malgré son admiration pour le grand comédien, son client, et le certificat de bonne conduite qu'il lui délivre, Tite-Live, Sénèque, Tacite, Pline le Jeune, tous attestent énergiquement les turpitudes du théâtre à leur époque et son action désastreuse sur les mœurs. Les satiriques nous disent aussi par quel genre de talent les histrions et les pantomimes passionnaient l'assistance, et quel genre de succès ils obtenaient; il est plusieurs de leurs textes que je n'oserais reproduire même en latin. Le théâtre moderne, dans ses plus mauvaises heures, n'a pas atteint des excès qui étaient habituels sur la scène romaine. On ne s'étonne pas de voir les ministres de cette dépravation rapprochés tout naturellement par le Code des misérables qui faisaient métier et marchandise de la prostitution : *De spectaculis, et scenicis et lenonibus* [1]. Le sentiment de l'infamie méritée des acteurs était si universel et si invincible chez les Romains, que saint Augustin s'en fit un argument contre le paganisme : « Longtemps inconnu à la vertu romaine, cet art théâtral ne se glisse qu'au sein de la corruption, et les dieux cependant en réclament l'hommage..... On déclare infâmes ceux qui représentent ces obscénités, et on adore qui les exige.... L'estime que la Grèce professe pour les hommes de la scène, est d'accord avec le culte qu'elle rend à des dieux solliciteurs de jeux scéniques : si l'on doit un culte à de tels dieux, disent les Grecs, on doit des honneurs à de tels hommes. Mais il est impossible d'honorer de tels hommes, objectent les Romains; et les chrétiens concluent: donc il est impossible d'honorer de tels dieux [2]. »

Il serait plus qu'étrange qu'une religion, dont la mission divine était de régénérer les âmes, eût avoué pour disciples des hommes que Rome païenne elle-même avait dû flétrir, malgré

[1] Cod. 11, 40.

[2] St. Aug., *De civit. Dei*, 2, 12 et 13.

Digitized by Google

la recommandation puissante qu'ils trouvaient, à ses yeux, dans la caractère sacré des fêtes dont ils étaient les ministres. Au surplus, les belles-lettres étaient devenues de plus en plus étrangères aux spectacles publics, et on pouvait les regarder comme presque entièrement désintéressées dans la censure des jeux scéniques, lorsqu'en 314 le concile d'Arles excommunia les gens de théâtre.

Cette excommunication prononcée au commencement du IVe siècle contre les acteurs de spectacles qui avaient été institués en l'honneur des faux dieux, et qui n'étaient plus qu'une école grossière de corruption ou de cruauté, est-il vrai qu'elle a été une loi permanente et générale de l'Église catholique, et qu'elle a perpétué jusqu'à nos jours, sous une autre forme, l'ancienne et prétendue exclusion de la cité romaine? Mgr Gousset, dans sa *Théologie morale*, démontre la négative très-clairement, ce me semble, et avec l'autorité qui appartient à son caractère comme à son savoir. Ni au moyen âge, ni dans les temps modernes, l'excommunication des acteurs n'a été une loi de l'Église catholique; mais elle a été une des maximes et coutumes de l'Église gallicane. Ici, je n'apprécie pas les faits, je me borne à les constater. La magistrature se montrait, à cet égard, aussi sévère que le clergé, et, en plein XVIIIe siècle, un grand nombre de ses membres donnaient lieu à cette boutade de Voltaire : « Il y aura toujours parmi nous de ces âmes qui tiendront du Goth et du Vandale..... Le magistrat qui, parce qu'il a acheté cher un office de judicature, ose penser qu'il ne lui convient pas d'aller voir représenter Cinna, montre beaucoup de gravité et bien peu de goût. » Au reste, les luthériens et les calvinistes s'étaient aussi déclarés avec force contre les spectacles, sous Léon X, et on sait que Genève, pendant longtemps, n'a toléré aucun théâtre. En 1761, mal en prit à un avocat au parlement de Paris, Huerne de la Mothe, de protester contre la coutume locale, et d'opposer la tolérance que les gens de théâtre trouvaient dans les États du pape aux maximes de l'Église de France à leur égard. Son mémoire, écrit en faveur d'une actrice célèbre, et qui contenait, il est vrai, quelques parties un peu vives, mit en grand émoi le Conseil de l'Ordre. Me de la Mothe fut rayé du tableau, et, sur les poursuites du bâtonnier, la Cour ordonna que son écrit serait lacéré et brûlé par l'exécuteur de la haute justice, au pied du grand escalier

Digitized by Google

du palais. Je doute que le barreau moderne, malgré l'attachement qu'il professe pour les traditions gallicanes, soit tenté de recourir à l'appel comme d'abus pour venger celle-là de l'oubli où le clergé français la laisse maintenant sommeiller.

En même temps que le concile d'Arles retranchait de la communion chrétienne les personnes vouées à une profession dont l'immoralité était alors flagrante, des constitutions impériales, se conformant à l'esprit de l'Église dans la limite du possible, réduisaient les dépenses énormes et diminuaient le nombre des jeux publics, interdisaient d'en donner le dimanche et les jours des principales fêtes chrétiennes, défendaient même de former, de vendre, d'entretenir dans les maisons privées des esclaves joueuses de flûte, ces femmes étant le plus actif instrument de désordre dans les spectacles et les festins. D'autres constitutions, inspirées par le même esprit, venaient au secours des infortunées qu'un engagement fatal ou leur condition servile et le malheur de leur naissance enchaînaient au théâtre; tout en prenant des précautions rigoureuses pour que les servantes des plaisirs publics ne pussent se dérober à leur office sous prétexte de conversion, elles libéraient de la scène, comme elles affranchissaient de la prostitution vénale, celles qui embrassaient la foi chrétienne et qui persévéraient dans une vie honnête [1].

Non-seulement l'Église admettait au baptême les gens de théâtre qui avaient renoncé à leur métier; non-seulement ses aumônes secouraient ceux qui s'étant convertis ne savaient plus comment gagner leur pain; mais elle recruta, jusque sur la scène, d'illustres pénitentes et des martyrs [2].

Justinien alla beaucoup plus loin que ses prédécesseurs, et il fit une singulière application des conseils de la charité évangélique. Vivement épris de l'actrice Théodora, il obtint de son père adoptif, Justin, l'abolition de l'empêchement que les anciennes lois mettaient à son mariage avec elle; puis, devenu empereur à son tour, il inséra dans son Code une constitution qui transporte dans le domaine civil la maxime selon laquelle

[1] Cod. Th., lib. 15, tit. 7, 8, 9.

[2] Cette charité et cette salutaire influence de l'Église sont exposées avec des détails précieux, que le cadre de mon travail ne comportait pas, dans les pages 250 à 255 de l'*Essai historique sur la société civile dans le monde romain et sur sa transformation par le christianisme*, par C. Schmidt, professeur à la Faculté de théologie et au séminaire protestant de Strasbourg.

Digitized by Google

le repentir est une seconde innocence, et qui déclare en conséquence que les actrices repentantes pourront obtenir une entière réhabilitation et devenir aptes aux plus nobles alliances.

P. LAMACHE.

BIBLIOGRAPHIE.

LE DROIT CIVIL FRANÇAIS,

PAR ZACHARIÆ,

Traduit et annoté par MM. Massé, vice-président du tribunal de la Seine, et Ch. Vergé, avocat, docteur en droit.

(Rapport fait à l'Académie des sciences morales et politiques par M. L. Wolowski, membre de l'Institut.)

Le *Manuel du droit civil français* (*Handbuch des franzœsischen Civilrechts*), publié pour la première fois en Allemagne depuis plus d'un demi-siècle [1], par le professeur *Zachariæ*, mérite à tous égards de fixer l'attention des jurisconsultes. La juste renommée acquise aux nombreux travaux de l'auteur, ajoute au vif intérêt qu'éveille une interprétation du Code Napoléon, accomplie par un savant étranger. Nourri des fortes études du droit romain et du droit germanique, Zachariæ, en manifestant pour nos lois une prédilection éclatante, constate l'influence qu'elles ont acquise dans le monde, et témoigne ainsi d'une des plus belles victoires de l'esprit français.

Né le 14 septembre 1769 à Meissen, en Saxe, Zachariæ fit ses études aux Universités de Leipzig et de Wittenberg; c'est dans

[1] La première édition a paru en 1808, la deuxième en 1811, la troisième en 1827 et la quatrième en 1837. Une cinquième édition a été publiée après la mort de l'auteur, en 1853, par M. Auguste Anschutz, *privatdocent* à l'Université de Bonn, qui a utilisé des notes complémentaires laissées par M. Zachariæ, et complété l'ouvrage en y ajoutant ses propres observations.

Digitized by Google

cette dernière qu'il commença la carrière de l'enseignement, comme *privatdocent* [1]; il y fut nommé en 1797 professeur extraordinaire, et en 1802 professeur titulaire. D'abord voué à la philosophie et aux recherches philologiques, il se consacra avec ardeur à la jurisprudence et ne tarda pas à conquérir un nom comme jurisconsulte, par son *Manuel du droit féodal de la Saxe électorale.*

Quelle que fût la variété de ses études, rien ne semblait l'appeler à devenir le commentateur autorisé du Code de la France moderne. Mais un secret instinct lui fit accepter avec empressement une vocation de professeur à l'Université de Heidelberg, rapprochée des bords du Rhin; plus tard ni la renommée, alors si grande, de Gœttingue, ni le penchant naturel qui nous entraîne vers le pays où nous sommes nés, et qui devait lui faire désirer une chaire à Leipzig, ne purent le déterminer à quitter le poste où il était appelé à s'illustrer; il refusa les brillantes propositions qui lui furent faites par ces deux cités, et resta jusqu'à sa mort (27 mars 1843), un des éminents représentants de l'école à laquelle la science du droit dans ses diverses branches doit des interprètes tels que Thibaut, Rosshirt, Mittermaier, Mohl, Zœpfl et Vangerov.

C'est dans cette savante Université, plus habituellement en contact avec les idées françaises, que Zachariæ accomplit sa laborieuse et utile carrière. La puissance de son esprit et la variété de ses connaissances se manifestèrent dans le grand ouvrage *sur l'État*, composé de quarante livres (*Vierzig Bücher vom Staate*), où il aborda, en les systématisant dans un ensemble des plus remarquables, le droit, les bases juridiques et le but de l'État, les lois naturelles dans leur rapport avec l'État, l'étude des constitutions et du gouvernement, du droit de propriété et de l'héritage, de la police, du droit de punir, du droit des gens, du droit universel et du droit national, du droit public, de l'éducation, du service public, de l'administration, de l'économie politique. Zachariæ fut aussi l'un des collaborateurs les plus actifs des Annales de Heidelberg (*Heidelberger Jahrbücher*), l'un des fondateurs du journal critique de la

[1] On nomme ainsi en Allemagne les docteurs autorisés par la Faculté à ouvrir des cours sur diverses matières de l'enseignement. Cette institution donne beaucoup de vie aux études.

Digitized by Google

science du droit et de la législation des pays de l'Allemagne (*Kritiche Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes*). Mais son principal titre à l'estime de la postérité sera son *Manuel du droit civil français*, titre modeste donné à une production des plus considérables.

Il suffit pour en indiquer la valeur de dire que ce livre a déjà mérité l'honneur d'une double traduction en français. Deux savants professeurs de la Faculté de Strasbourg, qui remplit pour notre mouvement intellectuel du côté de l'Allemagne, le poste avancé que Heidelberg occupe dans ce pays du côté de la France, MM. Aubry et Rau, ont les premiers enrichi notre littérature juridique de cet heureux emprunt fait à la science germanique. MM. Massé et Vergé viennent d'accomplir avec un succès non moins légitime un pareil travail, en adoptant un plan nouveau. Au lieu de compléter le texte même de l'œuvre de Zachariæ, afin d'enrichir celle-ci de nouveaux aperçus et de la mettre au courant des progrès de la jurisprudence, tout en maintenant l'ordonnance systématique du livre, comme l'avaient fait MM. Aubry et Rau, les nouveaux traducteurs ont montré à la fois plus de scrupule pour conserver dans toute sa pureté la doctrine de l'original, et plus de hardiesse, en adoptant un autre plan et d'autres divisions. Laissant de côté l'*Ordo systematicus*, d'après lequel Zachariæ a composé son *Manuel*, MM. Massé et Vergé ont préféré revenir à l'*Ordo legalis* du Code Napoléon, en se conformant à ce que semblent commander la pratique rationnelle des écoles et des tribunaux et les habitudes mêmes de la vie, alors qu'il s'agit d'étudier, d'invoquer, d'interroger le Code, et de pénétrer la pensée intime de ses rédacteurs.

Nous sommes loin des luttes ardentes soulevées au XVIe siècle par la question de méthode; les essais de classification nouvelle qui excitèrent l'indignation de Cujas, ne provoquent plus de tempête, et personne ne s'emporterait aujourd'hui jusqu'à dire : *Qui aliam artem desiderant esse quam imperitissimos et ineptissimos*[1]. Notre époque est moins exclusive, elle accueille avec faveur les tentatives qui portent le cachet d'un esprit supérieur; mais quand il s'agit d'interpréter la loi, l'ordre adopté par le législateur aura toujours un avantage manifeste, comme

[1] Cujas.

Digitized by Google

le dit avec raison M. Demolombe, c'est précisément d'être l'*Ordo legalis*, c'est-à-dire de conserver à l'œuvre législative son caractère propre et sa physionomie particulière. Il a ainsi le mérite d'échapper aux variations infinies de l'esprit de système.

En rétablissant dans leur traduction l'ordre du Code Napoléon, MM. Massé et Vergé ont obéi à une pensée juste, qui rend leur livre d'un accès plus facile et qui en augmente l'utilité pratique. Ils ont scrupuleusement conservé les savantes déductions de Zachariæ en renvoyant dans des notes leurs appréciations personnelles, ainsi que l'indication très-complète des principaux arrêts qui déterminent l'état actuel de l'interprétation judiciaire sur toutes les questions importantes. Associé depuis longtemps aux travaux méritoires de M. Dalloz, et appelé en dernier lieu à partager avec ce laborieux jurisconsulte le soin de continuer la *Jurisprudence générale*, M. Vergé possède les qualités nécessaires pour rendre très-précieux le travail d'annotation auquel il s'est livré de concert avec un savant magistrat, M. Massé. Connaissance exacte des précédents, sagacité de la pensée, précision du langage, tout se réunit pour recommander les indications qui complètent et qui rajeunissent le texte primitif de Zachariæ. Les traducteurs ne se sont pas bornés à relever les documents variés de la jurisprudence des arrêts; ils ont souvent enrichi les savantes déductions de Zachariæ de leurs observations personnelles, et lorsqu'ils se sont trouvés en désaccord avec l'auteur sur quelque point de doctrine, ils n'ont jamais manqué d'énoncer avec netteté les motifs de leur dissidence. Ce qui leur appartient en propre se distingue par deux qualités, précieuses particulièrement dans une œuvre qui embrasse en cinq volumes tout l'ensemble du Code, la concision et la clarté.

La division adoptée par Zachariæ a permis d'éviter toute confusion entre ce qui revient à l'œuvre originale et ce qui est le fruit de la collaboration des habiles traducteurs. Zachariæ avait séparé son travail en deux parties distinctes : une partie purement doctrinale, où chaque matière est exposée au point de vue des principes généraux avec les déductions immédiates, et qui brille par une grande force de logique, et des notes dans lesquelles il développe son opinion, en retraçant ce qu'on appelle en Allemagne la littérature de chaque question, au moyen d'un

Digitized by Google

résumé de la pensée des jurisconsultes et de la jurisprudence des tribunaux.

MM. Massé et Vergé ont singulièrement amélioré cette seconde partie; ils en ont fait presque une œuvre nouvelle. Quant à l'exposition doctrinale, la division en paragraphes a permis d'opérer très-facilement la distribution du texte suivant l'ordre du Code Napoléon, sans altérer en rien la pensée de l'auteur, traduite avec une heureuse fidélité.

La division du Code n'a point à redouter le parallèle de l'ordonnance systématique du travail de Zachariæ; c'est une division simple et vraie; elle reproduit l'ordre naturel des rapports du monde matériel, en traitant successivement des personnes, des biens et du mode de les acquérir. Elle se détache avec plus de netteté et se grave mieux dans l'esprit que les combinaisons, ingénieuses d'ailleurs, adoptées par le savant professeur allemand.

Gaïus avait dit : *Omne jus quo utimur vel ad personas, vel ad res, vel ad actiones pertinet.* Cette classification est plus en harmonie avec la limpide clarté, justement recherchée par les rédacteurs du Code Napoléon, qu'une division du droit en *théorique* et *pratique*, c'est-à-dire celui qui détermine les droits des hommes les uns vis-à-vis des autres, et celui qui comprend la poursuite de ces droits.

Nous ne croyons pas devoir entrer dans le détail des nombreuses subdivisions de chaque partie, telles que les a conçues Zachariæ; ce que nous admirons surtout dans son travail, c'est la parfaite entente de la loi et la simplicité à laquelle il sait ramener les questions les plus ardues. Écrit pour faire connaître et apprécier, en Allemagne, la grande œuvre juridique de la France, le *Manuel du droit civil* peut servir de guide assuré dans l'étude de notre législation.

Zachariæ ne se laissait point dominer par l'esprit de système; il professait un respect profond et une admiration fidèle pour l'œuvre destinée à conserver le dépôt des plus grandes conquêtes de l'esprit moderne. On ne saurait, dit-il, sans prévention, refuser au Code Napoléon la gloire d'être dans son ensemble un modèle de rédaction et d'avoir bien observé la ligne de démarcation qui doit exister entre un Code et un ouvrage scientifique sur le droit civil.

Ces paroles nous reportent au souvenir de la lutte chaleureuse

Digitized by Google

et quelquefois acerbe, engagée entre Thibaut et Savigny, au sujet de la *codification*. Tandis que l'énergique patriote de Heidelberg réclamait la rédaction d'un Code pénal pour l'Allemagne (*Ueber die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland*), l'illustre patricien de Berlin déniait la *Vocation de notre temps pour la législation et la jurisprudence* (*Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzebung und Rechtswissenschaft*). Ce débat, purement scientique en apparence, avait une haute portée sociale. En attaquant la forme du Code Napoléon, c'est le fond qu'on prétendait écarter, c'est la *maladie politique*, inoculée dans le texte, dont on voulait préserver l'Allemagne.

Par une étrange rencontre, deux descendants de réfugiés français, que l'édit de Nantes avait poussés en Allemagne, échangeaient, sur un terrain où les idées françaises étaient surtout en jeu, une brillante controverse. En vertu d'un privilége de leur race, Savigny et Thibaut donnèrent à l'expression de leur pensée une force et une lucidité qui relevaient et popularisaient le débat. Le passé et l'avenir, le vieil édifice social et le monde moderne se trouvaient en présence. L'idée démocratique du Code, qui résumait les grands principes d'égalité dans l'État, d'unité dans la législation et d'équité dans la famille, était aux prises avec le régime du privilége. Sans doute Thibaut n'appartenait pas à ces novateurs audacieux, qui prétendent refondre la société d'un seul jet, et tiennent en mépris les enseignements du passé, et Savigny, dans son amour pour le développement historique des institutions, n'excluait point l'idée du progrès; mais pour l'un la révolution de 1789 avait ouvert aux peuples un nouvel horizon, tandis que l'autre en repoussait les principes et en condamnait les tendances.

Dans le but de faire comprendre à l'Allemagne les avantages de la codification, l'Université de Heidelberg, par l'organe de ses plus habiles professeurs, les Thibaut, les Mittermaier, les Rosshirt, les Zachariæ, réunissait à l'histoire philosophique l'étude pratique et comparée des lois; elle s'appliquait à juger les institutions et à en provoquer la réforme.

M. Zachariæ avait eu l'heureuse pensée de familiariser l'Allemagne avec les dispositions du Code Napoléon, objet de récriminations passionnées; comme ce philosophe de l'antiquité qui marcha, alors qu'on niait le mouvement devant lui, l'auteur du *Manuel du droit civil français* en fit connaître l'admirable

Digitized by Google

structure, et les règles dictées par une équité prévoyante en même temps que par un sage esprit de liberté.

Le grand-duché de Bade, qui faisait partie de la Confédération rhénane, adopta, dès 1809, le Code Napoléon comme loi obligatoire; il s'y maintient encore en vigueur, sauf quelques modifications, parmi lesquelles nous signalerons le mariage religieux substitué au mariage civil, la transcription des acquisitions immobilières, la propriété littéraire et le droit d'usufruit acquis au conjoint survivant sur les biens de l'époux décédé, à défaut de conventions contraires.

Notre Code ne fut donc pas uniquement pour Zachariæ une lettre morte. Dans le premier essai, publié en 1808, il avait principalement obéi à l'entraînement de la pensée pour une production législative étudiée comme une œuvre d'art; mais le Code était bientôt passé pour lui à l'état de loi vivante, l'application lui en faisait suivre et contrôler les résultats.

Le beau travail législatif, qui sans rompre la chaîne des temps, avait su mettre en harmonie le droit civil et l'état nouveau de la société, offrait la formule pratique de l'esprit moderne; il devenait le levier de l'influence française dans le monde. Ce que le grand siècle de Louis XIV avait fait pour l'intelligence et les lettres, en multipliant d'admirables chefs-d'œuvre dans une langue pure, claire et précise, le Code le fit pour les lois; sous l'impulsion de la pensée française, on vit naître parmi les peuples une sorte de communauté spirituelle qui pénétra dans les applications pratiques et qui devint la règle des rapports sociaux. L'éternelle gloire de Napoléon et des rédacteurs du Code sera d'avoir compris que la véritable sanction de la Révolution se rencontrait dans les principes qui règlent l'état des personnes et les relations civiles, la constitution des biens et les moyens de les acquérir. Les idées, fruit d'une grande transformation sociale, devaient prendre corps, et les principes du droit public se traduire dans le droit privé, pour devenir l'apanage de la vie.

Lorsque les formes anciennes de la société s'écroulent, pour faire place à d'autres rapports, il ne s'agit plus de discuter sur le mode le plus parfait d'élaborer les lois; le besoin d'un Code s'impose comme une nécessité, et l'œuvre du législateur est d'autant meilleure qu'il se rend, avec plus de soin, l'interprète fidèle du mouvement accompli, et qu'il se borne à promulguer

Digitized by Google

en quelque sorte les modifications déjà admises par la conscience publique. Il doit également se garder d'un attachement trop prononcé pour le passé et d'un oubli fatal des conditions qu'impose le développement des idées et des intérêts. C'est une grande erreur que d'imaginer une table rase sur laquelle on peut édifier en ne suivant que les suggestions arbitraires de la volonté ; pour qu'un monument législatif dure, il faut qu'on en ait depuis longtemps, par un travail souterrain, préparé les fondations. La France ne date pas uniquement de la première révolution; un labeur séculaire a mûri les doctrines d'égalité devant la loi, d'équité dans la famille, de liberté de conscience, qui forment les grandes assises du Code. Les dernières années du XVIIIe siècle ont subi une douloureuse série de crises, pour avoir prêté une foi trop aveugle à la déduction, en quelque sorte mathématique, de formules étrangères à la réalité. Au sortir de la tourmente, il n'est resté debout que les réformes dont l'idée précise occupait les esprits dès 1789.

Le principe chrétien de l'égalité des âmes et de la fraternité humaine, longtemps renfermé dans le domaine de la conscience, passa désormais dans la constitution sociale, grâce à l'habile et délicat labeur des rédacteurs du Code, qui surent, comme le disait notre illustre et si regrettable confrère, M. le comte Portalis, « concilier tous les intérêts sans faire fléchir aucun droit, » et opérer une transition sans secousse, en reliant savamment le présent au passé. Réalisant une heureuse transaction entre le droit romain et l'esprit des coutumes, respectant les principes de la Révolution, sans adopter ce qu'il y avait d'excessif dans le droit intermédiaire, l'œuvre glorieuse de Napoléon, de Portalis, de Tronchet, de Treilhard, de Cambacérès, etc., innove sans rien ébranler, et semble la plus belle application de la science du droit, qui, suivant la belle expression de M. le président Portalis, est la science de la justice, comme les mathématiques sont la science de la grandeur.

Cette hauteur de vues et cette modération, aussi bien que l'art merveilleux avec lequel le respect de la tradition s'allie aux inspirations supérieures de la vérité éternelle, ont fait la destinée du Code Napoléon, en l'appelant à devenir de plus en plus, par ses principes fondamentaux, le lien commun des peuples civilisés. Un dénigrement passionné et une réaction aveugle ont vainement essayé d'en détruire l'ascendant moral : il traduit

Digitized by Google

d'une manière trop fidèle les aspirations universelles des peuples, pour ne point dominer ces attaques. Promené par toute l'Europe dans le char victorieux de Napoléon, il a fait germer partout les idées de justice, et il règne encore sur les contrées d'où la puissance de nos armes s'est retirée. C'est qu'il constitue la plus belle et la plus complète application des lois naturelles, acceptées par le long travail des esprits et confirmées par l'expérience; c'est qu'il est le sage interprète de l'idée démocratique, dans la constitution de la famille, le respect de la propriété, la transmission des biens, en un mot, dans le gouvernement civil des personnes.

Du moment surtout où les craintes de la domination étrangère se sont effacées, cette propagande pacifique a rapidement grandi : les sympathies instinctives qui relient dans une sorte de parenté morale ceux qui aspirent au même but, se sont fait jour : elles ont triomphé du mauvais vouloir des gouvernements. Désormais le Code civil partage avec la loi romaine l'honneur d'être étudié comme modèle, quand il n'est pas suivi comme règle obligatoire. L'empereur Nicolas avait beau stigmatiser ce corps de lois du nom d'*œuvre diabolique*, le Code a été maintenu en Pologne; il régit la Belgique, il règne en Italie, dans la plupart des cantons suisses, en Allemagne, et se propage par la salutaire contagion de l'exemple en servant de type à la législation de nations nombreuses. Un jurisconsulte anglais, appelé à rédiger les lois de l'île de Ceylan, l'a donné aux habitants comme le plus utile présent qu'il pût leur faire. On l'applique comme raison écrite au Brésil, on l'invoque chaque jour devant les tribunaux de la Louisiane. Les États de l'Amérique du Sud ont calqué leurs lois sur le Code Napoléon, et Haïti en a adopté presque toutes les dispositions.

D'où vient ce mouvement irrésistible? De ce qu'il y a de simple, d'équitable, d'humain dans une législation pleinement adaptée à l'esprit et aux besoins du siècle. Partout la même tendance domine; partout on veut l'homme affranchi et la terre émancipée, l'équité au foyer domestique comme l'égalité des conditions dans l'État, et la sauvegarde de la liberté humaine qui donne un caractère sacré à la propriété. Les paroles de Cambacérès sont devenues le programme du monde civilisé : toutes les nations aspirent à faire reposer les lois « sur les bases immuables de la liberté, de l'égalité des droits et du respect de

Digitized by Google

la propriété. » Mais la liberté impose des devoirs aussi bien qu'elle donne des droits; l'égalité se concentre dans ce qui constitue l'homme lui-même, sans supprimer l'inégalité nécessaire des conditions et des biens [1], sans s'étendre à ce qui est extérieur à la personne, et la propriété assure le mieux la récompense légitime des efforts et des sacrifices; elle est le principe démocratique par excellence dans la distribution des richesses.

L'Académie se rappelle l'éloquent mémoire de notre savant confrère, M. le président Troplong, sur *l'esprit démocratique dans le Code civil*. Ce beau travail donne la clef de la puissante influence de la France, dont le génie communicatif compte chaque jour de nouveaux adeptes, grâce à l'esprit libéral moderne incarné dans le Code Napoléon. Comment pourrait-il en être autrement d'une loi que M. Troplong a pu définir ainsi avec une brillante précision :

« L'égalité succède aux priviléges; la liberté aux contraintes légales; l'équité au droit strict. Le droit se modèle sur la nature et sur les plus intimes sentiments de l'humanité. Au lieu d'une famille organisée suivant des nécessités politiques, surgit la famille organisée suivant le vœu du cœur humain. La propriété n'est plus constituée comme une concession de l'État et en vue d'un principe politique exclusif et arbitraire; elle n'est que la récompense du travail de l'homme, la conquête de sa liberté, la dot de la famille naturelle. »

Nous sommes loin de prétendre que le Code Napoleon réalise une perfection refusée aux œuvres humaines : il a été déjà, il sera encore revisé et amélioré dans quelques-unes de ses parties. Zachariæ ne s'est point abstenu d'observations critiques dont on ne saurait parfois méconnaître la justesse. L'atteinte la plus sensible que le Code ait portée à des mœurs fortes, nécessaires surtout dans un État libre, le divorce a disparu : on a vainement essayé de le rétablir en 1848; c'est un honneur pour l'Assemblée constituante qui siégeait à cette époque d'avoir compris que l'indissolubilité du lien conjugal ne résulte pas uniquement du lien religieux, qu'elle se rattache comme la monogamie aux principes supérieurs de l'ordre social.

[1] Si ce n'était la crainte de tomber dans les formes quelquefois obscures de la terminologie allemande, nous dirions que l'égalité consacrée par le Code est *subjective* et non pas *objective*.

Digitized by Google

Le principe de la transcription, déjà consacré par la loi de brumaire an VII, a repris sa place et donné une meilleure base aux droits réels; on pourrait désirer un règlement plus équitable du droit de succession du conjoint survivant, et l'Académie a récemment mis au concours la grave question de la puissance paternelle; cependant il importe de ne pas omettre une grave considération. La jurisprudence a corrigé des imperfections de détail; une longue pratique a donné l'expérience des lacunes de la loi et fourni les moyens d'y pourvoir : aussi doit-on procéder avec beaucoup de réserve aux modifications législatives. Toucher aux règles existantes alors qu'elles ont commencé à se plier aux nécessités de l'application, c'est s'exposer à faire renaître les difficultés judiciaires et à favoriser l'esprit de chicane. Pour remanier une disposition passée dans les habitudes de la nation et pour la livrer aux incertitudes de délibérations nouvelles qui risquent de nuire à l'harmonie de l'ensemble, il faut qu'un grand intérêt le commande. Tel peut être le cas de certaines dispositions secondaires consacrées à régler des rapports modifiés par l'état économique de la société moderne [1]. Mais il ne saurait être question de porter témérairement la main sur les grands linéaments d'une œuvre admirable; tout doit se borner à maintenir celle-ci en harmonie avec les transformations qui s'accomplissent, notamment sous l'influence de l'accroissement constant et rapide de la fortune mobilière. En ce qui concerne les grandes bases de la loi, l'égalité des citoyens devant la loi et des enfants dans la famille, l'affranchissement de l'homme et de la propriété des liens du privilége, la dignité de la femme et de l'équité dans les conventions, en un mot, dirons-nous avec M. Laferrière, en tout ce qui touche l'application la plus saine des principes naturels de la famille, de la propriété et de l'hérédité, le Code demeure toujours l'expression la plus fidèle des conquêtes de l'esprit humain, sanctionnées par la révolution de 1789. De là viennent le respect qu'il inspire et la force d'action qu'il exerce.

Zachariæ s'était pénétré du caractère cosmopolite du Code Napoléon, qui lui a permis de se naturaliser au nord et au midi, dans les pays les plus divers de climat, de mœurs et

[1] V. le beau mémoire de M. Rossi sur le droit civil français considéré dans ses rapports avec l'état économique de la société (*Revue de législation et de jurisprudence*, 1840, t. XI, p. 5).

Digitized by Google

d'habitudes. Le célèbre professeur a consacré toutes les ressources d'une science exacte et d'un esprit pénétrant, à mettre en relief les éminentes qualités de l'œuvre qu'il commentait; un succès éclatant devait être la récompense d'un travail que rehausse encore le souvenir du temps auquel il remonte. C'est un des premiers commentaires de notre législation moderne, et sans contredit le plus complet, le plus remarquable par ordre de date. Ce n'est pas en le lisant que Napoléon aurait pu s'écrier : « Mon Code est perdu. »

MM. Vergé et Massé ont bien mérité de la science du droit, en reprenant l'œuvre de Zachariæ et en la complétant par leurs excellentes annotations. L. WOLOWSKI.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL

De la Jurisprudence en matière civile.

Par M. Paul Pont,
docteur en droit, conseiller à la Cour impériale de Paris.

DES QUALITÉS DU CONSENTEMENT EN MATIÈRE DE MARIAGE.

(*Suite et fin*[1].)

La question spéciale qu'il s'agit de résoudre, celle de savoir si le mariage contracté par erreur avec un forçat libéré peut être annulé pour erreur de consentement, est de fait autant que de droit; c'est la donnée même de cet arrêt du 11 février 1861, dont je dirais volontiers, s'il était permis de le personnifier, qu'il a raison plus qu'il ne semble le croire, et plus qu'il ne paraît porté à le vouloir.

Toutefois, il faut préciser. Les magistrats éminents, dont le rapport et les conclusions ont précédé l'arrêt, présentaient, sur ce point de vue même, des observations qui montrent combien il est nécessaire de s'entendre. Comment, disait d'une part M. le conseiller rapporteur[2], l'appréciation des qualités pouvant conduire à la nullité du mariage est une question de fait livrée à l'arbitraire des tribunaux! Tout serait abandonné au caprice, aux impressions personnelles des juges! Peut-on supposer, en cette matière, une imprévoyance aussi grande, une défaillance aussi étonnante de la part du législateur? Quand il s'agira, *non plus de constater l'erreur, mais d'en définir le caractère légal*, est-il possible de soutenir qu'il dépendra des juges du fait *d'établir autant de jurisprudences qu'il y aura de tribunaux, d'admettre comme causes de dissolution de mariage les motifs les plus légers, comme de repousser les motifs les plus graves?* La Cour de cassation abdiquerait sa plus précieuse prérogative, celle de maintenir l'unité de jurisprudence sur l'interprétation de la loi!..... *Ce ne serait pas de la justice, ce serait de l'anarchie.* — Comment, disait d'une autre part

[1] V. *suprà*, p. 193 et suiv.

[2] V. le rapport de M. le conseiller Sévin, au *Journal du Palais*, 1861, p. 115, col. 2.

Digitized by Google

M. l'avocat général[1], cet engagement indissoluble, qui a emprunté à la loi et à la religion son caractère le plus solennel, ce *consortium totius vitæ*, il sera brisé *au gré des appréciations les plus arbitraires*, des plaintes les moins fondées peut-être, mais les plus habilement soutenues ou les mieux servies par les apparences, souvent au gré d'un concert entre des époux qui voudront reconquérir leur liberté, ou du silence que l'un d'eux gardera! *Il sera brisé en dehors du contrôle suprême de la Cour de cassation, qui devra s'arrêter devant une déclaration de fait!*

Qu'il me soit permis de le dire, ici encore, comme à propos de l'article 180 du Code, le système que je combats se donne libre carrière; l'objection a pour base une supposition mise à la place de la réalité.

Toute demande en nullité de mariage pour erreur de consentement présente une question complexe ; le juge doit définir le caractère légal de l'erreur alléguée; après quoi il doit dire si l'erreur a réellement existé et si elle a été déterminante. Ce dernier point, bien qu'il implique la nécessité de vérifier si l'erreur a été assez grave pour qu'elle doive entraîner la nullité du mariage, se résume, quoi qu'on en ait et quoi qu'on en dise, en une question de fait; c'est une question que très-certainement il a été dans la pensée et dans la volonté du législateur d'abandonner à l'appréciation souveraine des juges du fond. Cela ne me semble pas contestable; je montrerai d'ailleurs, tout à l'heure, que c'est établi par la loi elle-même; et en tous cas je puis dire, dès à présent, que pas une des critiques formulées dans l'objection ne pourrait raisonnablement être adressée à cette doctrine ainsi circonscrite et limitée. Car enfin supposons (pour ne pas sortir de notre espèce) que la question du mariage contracté par erreur avec un forçat libéré venant à se produire dans plusieurs affaires successivement soumises à des tribunaux différents, ou, si l'on veut, à un même tribunal, il arrive que le mariage soit annulé dans une affaire et maintenu dans une autre, quel est, sinon l'homme du monde, au moins le jurisconsulte, qui trouverait une contradiction en cela? La même cause, il est vrai, a servi de base à la demande dans les deux affaires. Mais cela fait-il

[1] V. les conclusions de M. l'avocat général de Raynal, Dalloz, 61, 1, 54, col. 2, *in fine*.

Digitized by Google

que la situation du demandeur fût la même? Cela fait-il qu'il y eût, dans l'une et dans l'autre, les mêmes éléments de solution? Et si précisément, à raison des différences, l'erreur alléguée a dû être regardée ici comme un simple prétexte, tandis qu'elle est apparue là comme la cause réelle de la demande, est-ce qu'il y a la moindre contradiction entre le jugement qui rejette l'action et celui qui l'accueille? C'est un fait qui a été apprécié dans les deux cas. Or les décisions intervenant à l'occasion d'un fait peuvent bien être opposées ou contraires; elles ne sont jamais contradictoires, parce qu'un fait est essentiellement variable dans les circonstances qui le constituent, et par conséquent dans les appréciations qu'il comporte. Et puis, je le demande, où serait l'anarchie? Ces sortes de décisions n'engagent les tribunaux en aucune manière, pas même ceux de qui elles émanent : ce sont des décisions d'espèce, qui, par leur nature, résistent à l'idée qu'on les puisse jamais invoquer à titre de précédent ou d'autorité; et c'est de celles-là qu'il est particulièrement vrai de dire qu'elles sont bonnes pour ceux qui les obtiennent. Il est clair que, sur ce terrain, l'objection porterait à faux.

Il faut donc, pour qu'elle ne frappe pas dans le vide, exagérer le système auquel elle s'attaque; et alors on suppose que ce système consiste *à tout abandonner*, en cette grave matière, au caprice et aux impressions personnelles des juges du fait. Or c'est une supposition toute gratuite. Qui donc prétendrait que lorsqu'il s'agit, non pas de constater l'erreur alléguée, *mais d'en définir le caractère légal*, les juges du fait sont encore absolument libres, et qu'il leur appartient d'admettre, comme causes de dissolution de mariage, les motifs même les plus futiles, sans que la Cour de cassation puisse faire usage du pouvoir censorial dont elle est armée? Pour ma part, je suis, autant que qui que ce soit, éloigné de cette pensée; et si je dis que toute demande en nullité de mariage pour erreur de consentement présente une question de fait à résoudre, je reconnais néanmoins et je dis aussi qu'avant même d'arriver à cette question il y a un point de droit à dégager.

Ceci indique la voie que j'ai à parcourir : il faut voir, d'abord, ce qui est de pur droit dans les demandes en nullité de mariage pour erreur de consentement; il faut préciser ensuite ce qui est de fait et rentre dans le domaine de l'appréciation; enfin, la

Digitized by Google

limite une fois posée, il faut arriver à l'application dans l'hypothèse du mariage contracté par erreur avec un forçat libéré.

Je m'attache tout d'abord au point de droit, et, en l'abordant, j'avoue que c'est pour moi un sujet d'extrême surprise, quand j'envisage l'admirable simplicité de la loi et sa facile économie, de voir comment on recherche à travers des complications créées comme à plaisir, une pensée que la loi revèle si clairement d'elle-même. Je ne me préoccuperai donc, en aucune manière, de ces traditions d'un passé dont le point de vue et la règle, sur cette matière du mariage, empruntaient au droit canonique, interprète de la loi chrétienne, un caractère tel qu'ils serviraient mal à l'explication d'une législation qui a voulu faire et qui a fait du mariage un acte ou un contrat purement civil [1]. Je laisserai à l'écart aussi, bien qu'ils soient favorables à ma thèse plutôt que contraires, les travaux préliminaires du Code, à cause de leur confusion avouée par ceux-là même qui les ont imprudemment invoqués. A quelles autorités demanderai-je donc la solution du problème? A la loi seule; à la loi dont l'expression est claire, précise, nette; à la loi qui se suffit à elle-même et s'explique nettement pour qui veut la consulter sans parti pris et sous la seule inspiration de la raison juridique.

Le Code Napoléon, au titre du Mariage, contient, sur le consentement des dispositions qui, bien que séparées, se relient entre elles et se complètent; je veux parler de l'article 146 qui pose le principe et des articles 180 et 181, où se trouvent les développements et la sanction. Cette solidarité ou cette corrélation s'induit des textes eux-mêmes et aussi de l'économie générale de la loi. D'une part, en effet, les articles 180 et 181, comme je l'ai déjà fait remarquer [2], ne créent pas l'action en nullité de mariage à laquelle peut donner lieu l'absence ou l'imperfection du consentement, ils la supposent établie et se bornent à en régler l'exercice; et cela même donne à ces articles le caractère de dispositions complémentaires, et les rattache à l'article 146 qui, en effet, édicte la nullité dans cette formule énergique autant que concise :

[1] « La loi ne considère le mariage que comme contrat civil. » Const. du 3 septembre 1791, tit. 2, art. 7.

[2] V. *suprà*, p. 200 et 201.

Digitized by Google

« il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement. » D'une autre part, il suffit de rapprocher divers chapitres du titre du Mariage et notamment les chapitres 1 et 2 où sont énumérées les qualités et conditions requises pour pouvoir contracter mariage ainsi que les formalités relatives à la célébration, et le chapitre 4, qui dispose sur les demandes en nullité, pour reconnaître à l'instant même que ce système de division est dans l'économie générale de la loi; et Merlin a pu dire, avec toute raison, que « l'objet de l'article 180 est *de déterminer les effets de la disposition de l'article* 146 portant qu'il n'y a point de mariage s'il n'y a point de consentement; comme l'objet de l'article 182 *est de déterminer les effets des articles* 144, 147, 161, 162 et 163, qui prohibent le mariage à l'impubère, à la personne déjà mariée et aux parents ou alliés à certains degrés; comme l'article 191 a pour objet *de déterminer les effets de l'article* 165, qui veut que le mariage soit célébré publiquement et par l'officier de l'état civil du domicile de l'un des époux [1]. »

Je sais que quelques auteurs, notamment Marcadé et M. Demolombe, se placent à un point de vue différent [2], et qu'appliquant à la nullité de mariage procédant d'une erreur de consentement la distinction, fort juste et fort exacte d'ailleurs, quoique souvent contestée [3], entre les mariages nuls de plein droit et les mariages simplement annulables, ils supposent que l'article 146 d'une part et les articles 180 et 181 d'une autre part correspondent aux deux branches de cette distinction, l'article 146 étant seul applicable quand il s'agit d'une erreur qui implique absence totale de consentement, spécialement dans le cas où l'erreur porte sur l'individu même, sur la personne physique, les articles 180 et 181 devant seuls être appliqués, quand le consentement sur lequel le mariage a été contracté était imparfait et vicié. Mais cette application spéciale d'une distinction, fort juste en elle-même, me semble contestable : je l'écarte en fait et en droit. — En fait, lorsque Paul,

[1] V. Merlin, Rép., v° *Mariage*, sect. 6, § 2, art. 180, 1re quest. (t. X, p. 664).

[2] V. Marcadé, t. I, nos 520, 521, 521 *bis* et 633. — M. Demolombe, t. III, nos 240, 241, 242, 246.

[3] V. les conclusions de M. l'avocat général de Raynal : Dalloz, 61, 1, 53, 1re col. — Devill., 61, 1, 247. — *J. Pal.*, 1861, 116, 1re col.

Digitized by Google

comparaissant devant l'officier de l'état civil, y a déclaré prendre pour femme Marie qui comparaissait avec lui, la circonstance que Marie n'était pas celle que Paul croyait et voulait épouser n'empêche pas que Paul ait donné réellement son consentement au mariage, en sorte que si la valeur de ce consentement peut bien être contestée, il est du moins impossible de dire, même dans ce cas de substitution de personne, qu'il y a eu absence totale de consentement. — En droit, on dit avec raison d'un mariage entaché d'une nullité radicale, que n'ayant aucune existence aux yeux de la loi, il ne peut jamais être ratifié ou validé; qu'étant et restant toujours nul, il ne peut jamais produire aucun effet, créer aucun droit, en sorte qu'à quelque époque qu'on essaye d'en exciper, celui à qui on l'oppose, quel qu'il soit, peut se défendre, sans avoir même à former une demande en nullité et en se bornant à méconnaître le mariage, c'est-à-dire à en nier l'existence. Or la nullité résultant d'une erreur de consentement ne saurait jamais, quelle que soit cette erreur, fût-ce même celle qui a lieu dans le cas de substitution de personne, avoir de telles conséquences; et M. Demolombe lui-même le reconnaît, en définitive, puisque, tout en posant en thèse que l'article 146 est applicable dans ce cas exclusivement à l'article 180, il admet cependant qu'après une cohabitation continuée pendant six mois, ou après des faits personnels d'approbation, les tribunaux pourraient, si l'époux trompé ou ses héritiers venaient à méconnaître le mariage, les écarter en déclarant, d'après une appréciation de circonstances, *que le mariage s'est formé et a réellement existé*[1]. Ainsi l'éminent jurisconsulte suppose la possibilité d'une réhabilitation du mariage quand il n'y aurait pas de réhabilitation ou de confirmation possible si le mariage était affecté, dans son principe, d'une nullité radicale et de plein droit.

Il y a dans cette concession, à laquelle on est conduit par la force même des choses, un hommage à la vérité de mon point de départ : je m'en autorise pour dire de plus fort que la règle commune à toutes les erreurs de consentement indistinctement est dans l'ensemble des dispositions formulées par les articles 146, 180 et 181, et qu'il est absolument impossible de séparer

[1] V. *loc. cit.*, n° 246, *in fine*.

Digitized by Google

de l'article 146, qui pose le principe, les articles 180 et 181, qui en contiennent le développement et la sanction.

Ceci dit, je m'arrête au principe : quelles en sont l'étendue et la portée dans la pensée du législateur?

Le consentement est l'âme du mariage, selon l'expression de M. Troplong[1]; l'article 146 traduit exactement cette idée en disant qu'il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement. Toutefois, c'est là une vérité si évidente par elle-même, que ce serait vraiment une naïveté de la formuler. D'où suit que la pensée du législateur, en la formulant, est allée au delà de ce qu'exprime le texte pris à la lettre; et il faut dire qu'en subordonnant l'existence du mariage au fait du consentement, la loi entend parler d'un consentement *valable*, c'est-à-dire d'un consentement libre, éclairé, réfléchi, donné en connaissance de cause, ayant en un mot toutes les qualités qui constituent le consentement proprement dit, et en l'absence desquelles il n'y a plus qu'une apparence destituée de toute réalité légale, un fait matériel privé de toute valeur juridique. Cela, d'ailleurs, irait de soi-même, puisqu'enfin le mariage, quelles que soient les solennités qui l'entourent, n'en reste pas moins un contrat, et que dès lors le consentement, qui en est l'âme, ne peut exister que dans les conditions mêmes où le consentement doit se produire pour la formation des contrats. Mais la preuve est dans la loi elle-même, dans l'article 180, dont la disposition procède des principes posés dans les articles 1109 et suivants.

A la vérité, ceci est contesté dans le système que je combats : c'est une des prétentions de ce système qu'il faudrait ne se préoccuper ici en aucune manière des dispositions générales sur les vices du consentement dans les contrats ordinaires, *par la raison décisive* qu'il s'agit d'un contrat d'une importance toute spéciale, d'un caractère bien autrement solennel, et que le législateur n'a pas pu et n'a pas voulu régir par les mêmes principes qu'un bail, qu'une vente, qu'une société civile[2]. Mais un simple rapprochement va montrer ce qu'il y a de peu fondé dans cette prétention.

[1] V. *Revue de législation et de jurisprudence*, t. XXI, p. 53.

[2] V. les conclusions de M. l'avocat général de Raynal, *J. P.*, 1861, 116, 1re col. — Devill., 61, 1, 247. — Dalloz, 61, 1, 53, 1re col. — V. aussi l'arrêt de la Cour de Paris, *suprà*, p. 193, 194.

Digitized by Google

Les circonstances qui, d'après les articles 1109 et suivants, peuvent vicier le consentement dans les contrats en général sont : le dol, la violence, l'erreur.

De la première de ces circonstances il n'en saurait être question à propos du consentement relatif au mariage. La raison en a été donnée par tous les auteurs : c'est que, même dans les contrats ordinaires, le dol ne produit pas véritablement une cause de nullité, mais une action en dommages-intérêts, en indemnité pécuniaire, et que même dans le cas spécial où il autorise la rescision du contrat, c'est-à-dire quand il a été pratiqué par l'une des parties contractantes (art. 1116), cette rescision n'est prononcée qu'à titre de dommages-intérêts et comme la réparation la plus exacte du préjudice causé. Or ce point de vue de la réparation pécuniaire était absolument inadmissible en matière de mariage; et voilà pourquoi l'article 180 ne parle pas du dol [1].

Mais restent les deux autres causes : la violence et l'erreur. Et précisément l'article 180 les relate successivement comme causes susceptibles de vicier le consentement relatif au mariage. D'une part, cet article suppose que le consentement est imparfait lorsqu'il *n'a pas été libre*, en permettant à celui des époux dont le consentement est ainsi vicié d'attaquer le mariage. D'une autre part, en donnant ce même droit à celui des époux qui a été trompé, il suppose que le consentement est également imparfait *lorsqu'il a été donné par erreur*. Or, notons bien ceci : le premier paragraphe ne précise rien quant à la violence destructive de la liberté exigée pour le consentement, d'où suit que les caractères de la violence devront nécesssairement être déterminés d'après le droit commun consacré par les articles 1111, 1112, 1113 et 1114, dont les dispositions, d'ailleurs (la dernière surtout), semblent écrites particulièrement en vue du mariage; et le paragraphe second, celui dont j'ai spécialement à m'occuper ici, en précisant que c'est *l'erreur dans la personne* qui, seule, peut vicier le consentement relatif au mariage, indique mieux encore que c'est au droit commun que le législateur entend se reporter. Car quelle est, dans le droit commun, l'erreur dont la loi fait une cause de nullité des contrats? L'article 1110 du Code Napoléon répond

[1] V. notamment Marcadé, t. I, nos 639, 640; MM. Demolombe, t. III, no 255, et Valette, *Expl. somm. du liv. Ier du Code Nap.*, p. 106, no 17.

Digitized by Google

« que l'erreur n'est une cause de nullité que lorsqu'elle tombe sur la substance même *de la chose qui est l'objet de la convention*, et qu'elle n'est point une cause de nullité lorsqu'elle ne tombe que sur la personne avec laquelle on a intention de contracter, *à moins que la considération de cette personne ne soit la cause principale de la convention.* » Or, précisément dans le mariage, la personne est, non pas seulement la cause principale, mais *l'objet même* du contrat; en sorte que l'article 180 contient, quant à la nullité qu'il suppose dans son second paragraphe, une application directe et en quelque sorte littérale de la règle consacrée par l'article 1110.

Il ne faut donc pas dire que le consentement relatif au mariage n'a pas été laissé sous l'empire des règles générales établies pour les autres contrats; la vérité est, au contraire, que le législateur s'est inspiré de ces règles, et que seulement en les appliquant au mariage il les a mises en rapport avec la nature particulière de ce contrat.

Au surplus, je n'ai pas à insister là-dessus. La question, après tout, n'est pas de savoir si le mariage doit être régi par les mêmes principes qu'un bail, qu'une vente, qu'une société civile, et s'il y faut suivre à la lettre les dispositions des articles 1109 et suivants. Ce qui importe à ma thèse, c'est qu'il soit reconnu que le mariage est un contrat, et que comme tel il peut être attaqué quand le consentement, qui en est l'âme, est imparfait, spécialement, d'après l'article 180, quand il est entaché d'une erreur portant sur la personne, c'est-à-dire sur l'objet même du contrat.

Mais qu'est-ce que *la personne* dans le sens de l'article 180?

Selon l'expression du savant magistrat qui portait la parole comme organe du ministère public devant la chambre civile de la Cour de cassation, « *la personne,* c'est l'être humain, intelligent et libre, *identique à lui-même* et qui se distingue essentiellement de tout être humain, qui a la conscience *de son identité,* de sa responsabilité....., *qui se sépare* aisément de toutes les circonstances accessoires, de tous les attributs dont il peut être revêtu accidentellement, en un mot de toutes ses qualités, et de quelque nature qu'elles soient; de telle sorte que vous aurez beau accumuler sur deux êtres humains toutes les ressemblances matérielles et morales, leur donner le même âge, le même nom, la même situation, exagérer la fable des

Digitized by Google

Ménechmes, il y aura toujours deux personnes [1]..... » — Voilà bien l'être personnel, *l'individu*, la personne physique.

Est-ce dans ce sens qu'il faut prendre le mot *personne* dont se sert l'article 180, et l'erreur *dans la personne* dont parle cet article devra-t-elle s'entendre de l'erreur dans l'individu, dans la *personne physique?* Non, et le magistrat éminent auquel j'emprunte la définition qui précède ne le pense pas lui-même.

Ce n'est pas que l'erreur sur la personne physique ne soit pas une cause de nullité. Par exemple, Paul a épousé Marie qu'il ne connaissait pas et qui, par je ne sais quel concours de circonstances, a été substituée, devant l'officier de l'état civil, à Élisabeth que Paul connaissait, qu'il voulait et croyait épouser; voilà une erreur portant sur l'individu, *sur la personne physique.* Assurément elle déterminera la nullité du mariage, si Paul agit à temps et ne laisse pas le mariage se réhabiliter par une cohabitation continuée pendant six mois depuis la découverte de l'erreur (art. 181), c'est-à-dire, au cas particulier, depuis le jour où le mariage a été célébré, puisqu'il est impossible que l'erreur dont il s'agit ici ne soit pas reconnue le jour même de la célébration.

Mais on peut affirmer que ce n'est pas là le seul cas prévu par la loi; je n'en veux pour preuve que le maintien à l'article 180 des mots « erreur *dans la personne,* » malgré l'observation du tribunal de cassation qui proposait d'y substituer les mots « erreur *sur l'individu* [2], » lesquels auraient donné clairement à entendre que l'erreur de consentement, seule susceptible de faire annuler le mariage, est celle qui aurait porté sur la personne physique. On peut aller plus loin encore et dire que très-probablement ce cas n'est pas même entré dans les prévisions

[1] V. les conclusions de M. l'avocat général de Raynal, *J. Pal.*, 1861, p. 116, 1re et 2e col. — Devill., 61, 1, 247, 248. — Dalloz, 61, 1, 53, 2e col.

[2] Dans la rédaction préparée par le tribunal de cassation, à la suite de la communication du projet présenté par la commission du gouvernement, l'article 35 du titre du Mariage, article correspondant aux articles 180, 181, 185 du Code, était ainsi conçu : « La nullité résultant de ce que dans un mariage il y a eu erreur *sur l'individu que l'une des parties avait intention d'épouser*, n'appartient qu'à celui des époux qui a été dans l'erreur, ou à ses père, mère ou aïeul et aïeule; elle se couvre par un an de cohabitation. Il en peut être de même s'il y a un enfant né ou conçu avant la demande formée. » (V. Fenet, t. II, p. 461.)

Digitized by Google

du législateur; car les précautions prises pour la rédaction des actes de l'état civil, spécialement des actes de mariage, sont telles aujourd'hui que le législateur a nécessairement tenu pour absolument impossible la substitution d'un individu à un autre devant l'officier de l'état civil, et par conséquent qu'en aucune hypothèse il n'a dû statuer dans la prévision d'une telle substitution.

Quoi qu'il en soit, il n'y a pas le moindre doute aujourd'hui que le mot *personne* employé dans l'article 180 ne doive être entendu dans le sens de la personne *civile*. Ce n'est pas seulement l'arrêt de cassation du 11 février 1861 qui dit cela, c'est encore l'arrêt cassé de la Cour de Paris du 4 février 1860, c'est aussi l'éminent rapporteur à la chambre civile de la Cour de cassation [1], qui pourtant ne dissimulait pas, il s'en faut, sa prédilection et ses préférences pour le système que l'arrêt de cassation a écarté; c'est l'organe du ministère public, qui n'avait pas à dissimuler les siennes et qui les exprimait énergiquement en concluant au rejet [2]; ce sont enfin tous les auteurs sans en excepter un seul, même parmi ceux, en très-petit nombre d'ailleurs, qui donnant à l'article 180 la signification la plus restreinte, se prononcent, sur la question spéciale du mariage contracté par erreur avec un forçat libéré, contre la solution que la Cour de cassation vient de consacrer.

Or qu'est-ce que la *personne civile* dans le sens juridique du mot? Il ne peut y avoir sur ce point ni équivoque ni incertitude. On l'a dit, avec une exactitude parfaite en soutenant le pourvoi dont a été l'objet l'arrêt de la Cour de Paris, la personnalité civile est le résultat de l'existence, au profit d'un individu, de certains droits, capacités ou qualités, en un mot de certains attributs créés ou reconnus par la loi civile. La personne civile s'entend ainsi, dans le langage du droit, de l'homme qui, considéré dans ses rapports avec la société, avec la loi, avec la famille, jouit d'un état tel que, comme membre de la société, il peut exercer tous les droits politiques et n'est exclu d'aucune fonction publique; que comme citoyen, il a le libre exercice de tous les droits civils, surtout des droits qui supposent quelque con-

[1] V. le rapport de M. le conseiller Sévin au *J. du Pal.*, 1861, p. 115, col. 2.

[2] V. les conclusions de M. l'avocat général de Raynal, *J. du Pal.*, 1861, p. 119. — Devill., 61, 1, 251. — Dall., 61, 1, 55.

Digitized by Google

fiance de la part du législateur en ceux qui les exercent; que comme simple particulier, il est apte à remplir, dans toute leur plénitude et dans toutes leurs exigences, les devoirs d'époux et de père et en peut prendre le rang[1]. C'est la personne ainsi entendue qui, dans le mariage, est véritablement l'objet même du contrat ou du consentement.

Donc l'erreur portant sur l'objet ainsi défini créera une cause de nullité de mariage pour erreur de consentement; mais c'est dans ce cas seulement que l'erreur pourra créer une cause de nullité. Et maintenant, je le demande, quelle est au juste la valeur de l'argument qui est à lui seul tout le système des adversaires de l'arrêt du 11 février 1861, de cet argument qui, alléguant l'impossibilité prétendue de rencontrer un point d'arrêt et de fixer une limite précise, se résume dans la fin de non procéder systématiquement opposée à toutes les demandes en nullité de mariage pour erreur de consentement? Après avoir établi plus haut (*suprà*, p. 210 et suiv.) que cet argument n'est ni sérieux ni juridique, j'ai dit qu'il manque, en outre, d'exactitude en lui-même et dans son point de départ. Ma preuve est faite maintenant, car, on le voit, la loi elle-même fixe le point d'arrêt et pose une limite infranchissable. Que dans leurs affirmations si aveuglément rigoureuses les adversaires de l'arrêt du 11 février 1861 disent donc que le système qu'on leur oppose ouvre la voie à tous les mécomptes résultant d'une erreur quelconque de consentement; que celui-là pourra attaquer le mariage, qui aura épousé une infâme prostituée au lieu d'une vierge innocente et pure, une veuve au lieu d'une fille, une sotte au lieu d'une femme d'esprit, une femme contrefaite ou atteinte d'un mal héréditaire au lieu d'une femme belle et bien portante; que celle-ci pourra demander la nullité du mariage parce qu'ayant épousé un homme à raison de sa noblesse, il se trouve que son mari est roturier; parce que l'ayant épousé à cause de sa fortune, il se trouve que son mari n'a rien; parce que le croyant catholique fervent, il se trouve que son mari est protestant ou israélite, etc., etc. Ces exagérations ne sont nullement dans le système, et par conséquent elles ne prouvent rien, si ce n'est peut-être l'insuffisance et la faiblesse de la théorie qui sent le besoin de les supposer pour en faire le moyen

[1] V. les observations de M. Ambroise Rendu, à l'appui du pourvoi : Dalloz, 61, 1, 51. — Devill., 61, 1, 245, 246.

Digitized by Google

principal, la base même de sa discussion. Il est par trop évident que dans aucune de ces hypothèses, ou de toutes autres hypothèses analogues, l'erreur alléguée ne pourrait, dans le système que je défends, faire la base d'une demande en nullité de mariage; que s'il y avait des esprits assez aventureux pour demander la nullité dans de telles circonstances, il n'y aurait pas de tribunal devant lequel le succès dût être espéré; et que si par impossible une telle demande venait à être accueillie, la décision, fût-elle présentée sous couleur d'appréciation de faits, contiendrait une violation flagrante de la loi et devrait tomber sous la censure de la Cour de cassation. Pourquoi? Parce que la vertu, la fortune, la santé, les facultés de l'esprit, les croyances religieuses, la noblesse, etc., sont autant de qualités ou de circonstances qui n'entrent pour rien dans les éléments constitutifs de la personne civile, et *qu'en droit* l'erreur de consentement ne peut créer une cause de nullité de mariage qu'autant qu'elle porte précisément sur les éléments qui constituent la personne civile.

Telle est la définition du caractère légal de l'erreur de consentement susceptible de faire annuler un mariage; et je n'ai pas à insister davantage sur ce qui est *de pur droit* dans les demandes en nullité de mariage pour erreur de consentement.

Voyons maintenant ce qui est dans le domaine *du fait* et appartient à l'appréciation souveraine des juges du fond. J'y fais rentrer tout ce qui reste à juger après que le caractère légal de l'erreur alléguée a été exactement défini. Ainsi, quand les juges ont reconnu que l'erreur porte réellement sur les éléments constitutifs de la personne civile, sauf le contrôle de la Cour de cassation en ce point, il leur appartient de décider souverainement, non pas seulement si l'erreur a existé en fait, mais encore si elle a été déterminante, si en elle-même elle est assez grave, si la personne civile se trouve assez modifiée dans celui que le demandeur a épousé par erreur, pour que la demande en nullité doive ou puisse être accueillie.

Ceci n'est pas contestable, au moins en ce qui concerne le droit d'appréciation en lui-même. En effet, ce droit était déjà dans les nécessités de l'ancienne jurisprudence; et dans l'état

Digitized by Google

actuel des choses, les interprètes de la loi le reconnaissent et la loi elle-même le consacre virtuellement.

La preuve, quant à l'ancien droit, est toute faite dans l'opinion de Pirrhing, dont le savant rapporteur à la chambre civile de la Cour de cassation a lui-même invoqué le témoignage. Selon cet interprète du droit canonique, lequel du reste, en ceci, battait quelque peu en brèche la jurisprudence telle qu'elle a été résumée par Pothier, l'erreur, même *sur une qualité de la personne*, pouvait produire une cause de nullité dans deux cas, dont l'un était *celui où cette qualité avait été la condition du mariage*[1]. Or qu'est-ce à dire? Je ne sache pas qu'une telle condition ait eu jamais sa place parmi les constatations de l'acte de célébration; en sorte qu'en l'absence de toute indication précise, c'est nécessairement par l'appréciation des circonstances que les juges arrivaient à reconnaître et à déclarer si ou non la qualité sur laquelle un époux se prétendait trompé avait été la condition du mariage dont il demandait la nullité.

Quant au droit actuel, la preuve est plus complète encore. Elle est d'abord dans les discussions du Code Napoléon; la pensée de laisser aux juges un droit souverain d'appréciation y a été formulée si fréquemment et d'une manière si nette, que c'est à vrai dire le seul point qui se dégage sans équivoque de ces débats si pleins de confusion. J'ai cité déjà l'opinion émise, sur ce point même, par Tronchet, Régnier, Thibaudeau, Gillet, Boutteville; je ne puis que m'y référer[2].

La preuve est ensuite dans la doctrine; en effet, la même idée s'est fait jour dans les premiers commentaires du Code, et c'est assurément pour n'avoir pas mis à les consulter une attention suffisante qu'on a signalé comme *novateurs* les éminents jurisconsultes qui, dans ces derniers temps, l'ont énergiquement défendue. Proudhon et M. Duranton s'en inspirent[3]; Toullier lui-même, dont l'opinion est invoquée dans le système que je combats, la suppose nécessairement lorsque, reproduisant la théorie de Pirrhing, il enseigne que l'erreur même sur une qualité de la personne peut entraîner la nullité du ma-

[1] V. le rapport de M. le conseiller Sévin au *J. du Pal.*, 1861, p. 115, col. 1re.

[2] V. *suprà*, p. 205, 206, 207.

[3] V. Proudhon, *Tr. des pers.*, t. I, p. 393. — M. Duranton, t. II, nos 61 et suiv.

Digitized by Google

riage quand *il paraît* que la qualité est la condition tacite sans laquelle l'époux trompé n'aurait pas contracté [1]; MM. Vazeille, Allemand, Valette, Marcadé, Demolombe et beaucoup d'autres font plus que la supposer, ils la prennent pour règle et la précisent dans cette formule que j'emprunte au premier de ces auteurs : « Les tribunaux, dans cette matière, pourront éprouver de l'embarras pour bien discerner les positions différentes ou différemment nuancées; mais le législateur n'a pas pu tracer à l'avance des règles fixes à leur décision. C'est là que la sagacité et la prudence des juges doivent s'exercer, que, guidés par les principes généraux du droit et les règles de l'équité, ils en chercheront religieusement le triomphe dans les faits et circonstances de chaque cause [2]. »

Enfin, la loi elle-même est visiblement écrite dans cette pensée. L'article 180 contient, en effet, deux paragraphes distincts, dont chacun se réfère à l'une des deux causes susceptibles d'invalider le consentement des époux, le défaut de liberté ou la violence et l'erreur. Or, en ce qui concerne la violence, les caractères en sont essentiellement variables, et son action n'est pas la même sur tous les esprits. Et cependant le législateur n'a rien précisé, s'en tenant uniquement à supposer la nullité du mariage contracté *sans le consentement libre des deux époux ou de l'un d'eux*. Que résulte-t-il de là? Précisément que le législateur abandonne aux tribunaux le soin d'apprécier, suivant les circonstances, si le consentement a été ou non donné librement : c'est reconnu et admis par tous les auteurs, sans exception. Mais si telle est la pensée non contestée du paragraphe qui, dans l'article 180, a pour objet la violence, comment se pourrait-il faire que le paragraphe qui, dans le même article, se rapporte à l'erreur, fût écrit dans une autre pensée? Évidemment il n'y en a pas de raison plausible, puisque d'une part l'erreur, comme la violence, peut agir diversement en ce sens que, suivant la position sociale, les mœurs, la condition, les habitudes, elle sera ou ne sera pas une cause déterminante du mariage, et que d'une autre part, pour l'erreur, pas plus que pour la violence, le législateur n'a rien précisé.

[1] V. Toullier, t. I, nos 512 et suiv.

[2] V. MM. Vazeille, *Du mariage*, t. I, nos 69 et suiv. — Allemand, nos 167, 168. — Valette, *Expl. somm. du liv. Ier du Code Nap.*, p. 106, no 17. — Marcadé, t. I, nos 625 et suiv. — Demolombe, t. III, no 253.

Digitized by Google

Ainsi ce droit souverain d'appréciation qui appartient aux juges de fond est on ne peut mieux établi. Aussi n'est-ce pas, ce me semble, sur le droit en lui-même que l'on discute dans le système que je combats; c'est uniquement sur l'étendue qu'il comporte. La limite, dit-on, est posée par la loi elle-même, et les juges ne sont pas libres de la déplacer. L'article 180 se sert des mots « erreur dans la personne, » dont le sens, dans l'ancienne jurisprudence, était nettement fixé et consacré par les commentaires et les arrêts; et puisque le législateur moderne a laissé subsister les mêmes mots, il n'a pu vouloir changer les idées. Donc, quand un mariage est attaqué pour erreur de consentement, les juges n'ont pas à rechercher si le fait apparent etait plus ou moins susceptible de déterminer le consentement; l'erreur ne peut, conformément à l'ancienne jurisprudence, déterminer la nullité qu'autant qu'elle porte *sur une personnalité complète et soulève une question d'identité*[1].

Ce rappel de l'ancien droit n'est pas assurément la meilleure inspiration du système.

Je pourrais d'abord, reprenant ici l'interprétation des canonistes, particulièrement de Pirrhing que je citais tout à l'heure, trouver moi-même un appui dans l'ancien droit, bien plutôt qu'une objection. Car, d'une part, entre cette interprétation, d'après laquelle l'erreur *même sur une qualité de la personne* était une cause de nullité au moins dans le cas où cette qualité *avait été la condition du mariage* et l'opinion suivant laquelle l'erreur dans la personne est une cause de nullité *quand elle a été déterminante*, je prie qu'on dise s'il y a quelque chose de différent autrement que dans la formule; et d'une autre part, comment les pratiques de l'ancien droit seraient-elles opposables à l'opinion qui consiste à dire que c'est par une appréciation de circonstances qu'on peut reconnaître aujourd'hui si ou non l'erreur a été déterminante, lorsque nécessairement la question de savoir si ou non une qualité de la personne avait été la condition du mariage, ne devait et ne pouvait, dans l'ancien droit, être résolue que par le même moyen?

Mais sans insister là-dessus, j'arrive à l'interprétation de

[1] V. les conclusions de M. l'avocat général de Raynal : Devill., 61, 1, 248. — Dalloz, 61, 1, 53, col. 2. — *J. P.*, 1861, p. 116, col. 2; — et l'arrêt de la Cour de Paris, *suprà*, p. 193.

Digitized by Google

Pothier; et ici, on verra une fois de plus comment la théorie que je combats, si austère, si rigoureuse, si inflexible dans sa conclusion, est facile, cependant, vis-à-vis d'elle-même, dans le choix et la discussion de ses moyens.

Que dit-elle, en effet? que le législateur moderne a laissé subsister dans l'article 180 du Code les mots usités dans l'ancienne jurisprudence. Or l'affirmation est inexacte, et par cela même la conséquence est infirmée.

L'affirmation est inexacte; et en effet, Pothier, que je cite de préférence parce que son œuvre a été presque constamment sous les yeux des rédacteurs du Code, Pothier, lorsqu'il traite de l'erreur de consentement susceptible d'entraîner nullité de mariage, ne parle jamais que de l'erreur *sur la* personne. Est-ce en ces termes que s'exprime le Code? Non! A la vérité, ces mêmes mots étaient dans les premiers projets; mais ils ont été changés, et c'est Tronchet, ce qui est à noter, qui, à la séance du 6 brumaire an X, présenta la rédaction nouvelle du chapitre sur les demandes en nullité de mariage, dans laquelle les mots « erreur *sur la* personne » furent remplacés par les mots « erreur *dans la* personne » qui apparurent alors et son restés dans la loi [1]. Ainsi, bien loin que les rédacteurs du Code aient laissé subsister dans la loi nouvelle les termes usités dans l'ancienne jurisprudence, il est vrai de dire qu'ils les ont modifiés.

La conséquence est par cela même infirmée; car cette modification dans les mots implique nécessairement un changement dans les choses [2]. On ne peut pas dire en effet, comme l'a dit M. l'avocat général devant la chambre civile de la Cour de cassation, qu'il y a eu en ceci une simple modification grammaticale. Cela serait bon si, pour traduire une pensée connue, il y avait eu à corriger une formule vague, obscure ou incorrecte. Mais ce n'était pas le cas. Les mots « erreur sur la personne » traduisaient aussi exactement que possible la pensée de l'ancienne jurisprudence résumée par Pothier, en ce qu'ils impliquaient l'idée d'une erreur de consentement *portant sur*

[1] V., pour la comparaison de ces divers projets, Fenet, t. IX, p. 16, 43, 83.

[2] Cette modification a été indiquée déjà, p. 201; mais on m'a fait dire que la chose est *insignifiante*. Le lecteur, j'espère, a corrigé cette erreur de typographie; la chose, à mon avis, est *très-significative* : c'est en ce sens que la phrase imprimée plus haut doit être rectifiée.

Digitized by Google

une personnatité complète; et il faut convenir que les rédacteurs du Code auraient donné une leçon singulière de style et de grammaire si, voulant exprimer la même pensée, ils avaient cru pouvoir corriger les mots « erreur *sur la* personne, » qui la rendent fort clairement, par les mots « erreur *dans la* personne, » qui, pris dans cette acception, seraient plus qu'équivoques.

Il y a donc ici autre chose qu'une modification grammaticale; il y a un changement qui touche au fond même des choses, et ce changement a consisté précisément à ne rien dire d'absolu. Le législateur a maintenu, sans doute, la règle d'après laquelle l'erreur *portant sur la personne* peut seule créer une cause de nullité pour erreur de consentement; c'était une nécessité du sujet, puisque enfin c'est *la personne* qui est *l'objet même* du contrat dans le mariage. Mais comme cet objet, c'est-à-dire *la personne civile*, se compose d'attributs et d'éléments divers, la loi a voulu donner à entendre que, même quand elle ne portera que sur tel ou tel de ces éléments ou de ces attributs, l'erreur pourra, cependant, être réputée assez grave pour vicier le consentement. C'est l'idée que présentent ces mots « erreur dans la personne » de l'article 180; et en ce sens la formule ne manque pas d'exactitude, car si l'expression erreur *sur la* personne doit ou peut s'entendre d'une erreur portant sur une personnalité entière et complète, les mots erreur *dans la* personne s'entendent tout naturellement de l'erreur qui touche seulement à l'un ou à l'autre des éléments ou des attributs dont l'ensemble et la réunion constituent cette personnalité. Ainsi, en me plaçant dans la vérité des choses et par suite en prenant le contre-pied d'une objection qui ne peut se produire qu'à la condition de méconnaître cette vérité, je dis que la loi moderne a changé les idées en changeant la formule de l'ancienne jurisprudence, et qu'elle les a changées dans le sens que je précise, les mots « erreur dans la personne » de l'article 180, revenant à dire, dans une formule abrégée ou elliptique, « erreur dans *les éléments divers qui constituent* la personne. »

Cela étant, le droit d'appréciation dans la mesure que j'indique en résulte par une conséquence nécessaire. Il est clair, en effet, que si le législateur s'en est tenu à poser la règle sans rien préciser, quant à la mesure dans laquelle l'erreur doit se

Digitized by Google

produire pour qu'elle puisse être considérée comme déterminante, c'est qu'il a laissé aux juges le soin de résoudre ce point et d'y statuer selon les circonstances. La loi a fait ainsi pour l'erreur ce qu'elle a fait, dans le même article, pour la violence; et si l'on pouvait douter de la vérité d'une induction qui se tire non-seulement de la formule si expressive de la loi, mais encore de l'économie générale de l'article dans lequel cette formule est écrite, il me semble que le doute n'est plus possible lorsque l'on considère que les mots « erreur dans la personne » ont été écrits dans la loi moderne à la place de ceux que les premiers projets avaient emprunté à l'ancienne jurisprudence, sur la proposition de Tronchet, de celui précisément qui, dans la discussion du Code, avait mis en avant et avait constamment soutenu l'idée qu'en matière d'erreur de consentement *la loi doit s'en tenir à poser le principe, sans aller jusqu'à déterminer les divers cas où il y a erreur*[1].

Voilà ce qui, dans les questions de l'espèce, rentre dans le domaine de l'appréciation et appartient au pouvoir discrétionnaire du juge. Et qu'on ne parle pas du danger que présenterait une telle latitude laissée aux tribunaux. Il ne faut rien exagérer. Est-ce que les tribunaux ne sont pas appelés chaque jour à résoudre par la seule autorité du fait des difficultés qui engagent non pas seulement la fortune, mais encore l'honneur, l'état, la situation de ceux qui recourent à leur justice? Est-ce que dans des procès où l'intérêt et l'avenir de la famille sont particulièrement engagés, par exemple dans les affaires en séparation de corps, la solution n'est pas abandonnée au pouvoir discrétionnaire du juge? Qui donc proteste contre cette nécessité? Est-ce qu'elle n'est pas acceptée sans crainte? Y a-t-il donc lieu de s'en effrayer davantage ici? Tout au contraire; et c'est bien mal à propos qu'on met en avant les périls résultant de l'instabilité des mariages. Après tout, c'est d'une question d'état qu'il s'agit dans notre espèce, d'une question par conséquent qui, après avoir subi l'épreuve sérieuse du premier degré de juridiction, trouve, au second degré, la grande épreuve de l'audience solennelle. Quand l'exercice du pouvoir discrétionnaire est entouré de telles garanties, il est permis de dire qu'il y aurait excès de timidité à ne savoir pas envisager la situation

[1] V. *suprà*, p. 206.

Digitized by Google

sans trouble; tout esprit sincère doit reconnaître que le puissant intérêt qui s'attache à la stabilité du mariage n'est ni compromis ni menacé.

Et maintenant que la part est faite, en thèse générale, entre ce qui, dans une demande en nullité de mariage pour erreur de consentement, constitue la question de droit à résoudre et le point de fait à apprécier, j'arrive à l'application sur la difficulté spéciale que soulève le mariage contracté par erreur avec un forçat libéré.

En droit, un tel mariage *peut-il* être annulé pour erreur de consentement?

En fait, la nullité en *doit-elle* être prononcée?

Les observations qui précèdent ont montré que ce sont là les deux points à examiner.

Que le mariage soit, en droit, dans le cas d'être annulé, comment serait-il possible d'en douter? C'est l'erreur portant sur la personne ou sur les éléments constitutifs de la personne civile qui, d'après la démonstration qui précède, crée la cause de nullité pour erreur de consentement. Or, précisément, le forçat libéré est, par les suites mêmes de la condamnation qu'il a subie, dans une situation où la personne civile est modifiée et notablement diminuée. — Comme atteint de dégradation civique, il est exclu de toutes fonctions, emplois ou offices publics; il est privé du droit de vote, d'élection, d'éligibilité et en général de tous les droits civiques et politiques et du droit de porter aucune décoration; il est incapable d'être juré expert, d'être employé comme témoin dans des actes et de déposer en justice autrement que pour y donner de simples renseignements; il ne peut faire partie d'aucun conseil de famille; il ne peut pas en principe être tuteur, curateur, subrogé tuteur ou conseil judiciaire, et il ne peut l'être de ses propres enfants que sauf l'avis conforme de la famille; il est privé du droit de port d'armes, du droit de faire partie de la garde nationale, de servir dans les armées françaises, de tenir école, ou d'enseigner et d'être employé dans aucun établissement d'instruction à titre de professeur, maître et surveillant (C. pén., art. 34). — Comme soumis à la surveillance de la haute police, il subit une tutelle infamante, il lui est interdit de choisir sa résidence, et il n'a pas la faculté ou le droit

Digitized by Google

essentiel qui appartient au chef de maison de déterminer le lieu où il lui convient de se fixer et de rester avec sa famille (Code pén., art. 44, et décret des 8-12 décembre 1851). Certes, à moins de supposer la suppression complète de la personnalité civile, ce qui ne peut plus se produire depuis que la mort civile a été rayée de nos lois, il est difficile d'imaginer un état dans lequel la personnalité civile soit plus profondément atteinte et altérée. — La femme qui s'est mariée par erreur avec un forçat libéré peut donc, *en droit*, demander la nullité du mariage pour erreur de consentement.

Et c'est l'opinion de presque tous les auteurs. J'ai cité plus haut [1] MM. Toullier, Delvincourt, Duranton, Bugnet sur Pothier, Allemand, Demante, Massé et Vergé, Marcadé, Devilleneuve, Demolombe, Thiercelin ; j'ajoute ici que c'est aussi l'avis de MM. Valette, Labbé, Bellaigue, Gilbert et Dalloz [2].

Bien plus, c'est la pensée même de la loi. L'article 232 du Code Napoléon ne fait-il pas, en effet, de la condamnation de l'un des époux à une peine infamante *une cause de divorce* pour l'autre époux? Or, dire que la condamnation à une peine infamante est un fait assez grave pour que l'époux de celui qui l'a encourue puisse faire dissoudre le mariage, c'est indiquer par cela même qu'une telle condamnation crée une cause de nullité quand elle est antérieure au mariage et n'a pas été connue de celui qui s'est marié avec le condamné.

A la vérité, l'objection est contestée, et voici le dilemme dans lequel on croit trouver une réponse *décisive* : — ou l'article 232 s'entend d'une condamnation postérieure au mariage, et alors le divorce est autorisé, parce que l'époux qui a subi la condamnation a violé toutes les obligations qu'il avait contractées en se mariant, parce qu'il a changé, par sa faute, la nature de l'association en dégradant son existence civile, et *l'article* 232 *n'a pas besoin d'une autre justification ;* — ou l'article 232 comprend les condamnations antérieures, et alors

[1] V. *suprà*, p. 210.

[2] V. MM. Valette, *Expl. somm. du liv. Ier du Code Nap.*, 106, n° 17; — Labbé, *J. du Pal.*, 1860, p. 241; 1861, p. 113; — A. Bellaigue, *Revue prat.*, t. XI, p. 101 et suiv.; — Gilbert, Rec. Devill., 61, 1, 241; — Dalloz, 1re éd. *de la Jurispr. gén.*, t. X, p. 10, n° 7. Toutefois, je dois dire que l'opinion de ce dernier auteur a été modifiée dans sa nouvelle édition, v° *Mariage*, n° 74.

Digitized by Google

l'objection se retourne contre la thèse elle-même, car si le divorce est le remède, le mariage était donc valable, et le législateur n'a pu concevoir la pensée d'autoriser la demande en nullité[1].

Mais peut-être y a-t-il quelque illusion à tenir l'argumentation pour décisive. A mon sens, le dilemme ne se soutient dans aucune de ses positions : dans l'une de ses deux hypothèses, qui évidemment n'est pas celle de la loi, l'hypothèse où l'article 232 comprendrait les condamnations antérieures au mariage, le dilemme affirme et ne prouve pas; dans l'autre hypothèse, il se dérobe complétement.

D'une part en effet, si, pour entrer dans l'esprit du dilemme, je suppose que l'article 232, quoique écrit au titre du *Divorce* et par cela même impliquant l'idée d'un fait survenu au cours du mariage, s'étend cependant aux condamnations antérieures, la question évidemment sera de savoir si l'action en divorce ouverte dans ce cas est exclusive de l'action en nullité. C'est bien la question qu'on se pose dans le dilemme prétendu décisif, et l'on ne manque pas de la trancher par l'affirmative. Mais comment prouve-t-on cela? Par un mot dans lequel personne, en y réfléchissant, ne saurait voir une preuve. Si le divorce est le remède, dit-on, *c'est donc que le mariage était valable.* Eh bien! je nie cette conséquence qui n'est pas le moins du monde nécessaire; et, faisant ici une variante qui est dans la situation même des choses, je dis : si le divorce est le remède, c'est quand le mariage, *nul à l'origine par erreur de consentement,* a été ultérieurement validé ou réhabilité dans les termes de l'article 181, c'est-à-dire par une cohabitation continuée pendant six mois depuis la découverte de l'erreur. En sorte que dans cette hypothèse, qui encore une fois n'est pas celle de la loi, l'article 232 impliquerait, non point le rejet en principe de l'action en nullité, mais la volonté du législateur de subvenir à l'époux trompé, même après l'extinction de l'action en nullité, en ajoutant à cette action toute temporaire une autre action qui, elle, n'est pas circonscrite dans un délai limité. Et ce serait de toute justice; car il serait juste et moral à la fois que celui qui, après avoir trompé son conjoint sur son état au moment du mariage, aurait conquis, en

[1] V. les conclusions de M. l'avocat général de Raynal : Devill., 61, 1, 253. — *J. Pal.*, 1861, p. 120, 2e col. — Dalloz, 61, 1, p. 55, *in fine.*

Digitized by Google

se contenant peut-être, en réprimant ses mauvais instincts, la réhabilitation de son mariage par six mois de cohabitation, ne se crût pas libre d'agir désormais sans contrainte et à l'abri de toute action de la part du conjoint, dont à l'origine il a surpris le consentement.

D'une autre part, c'est bien mieux encore quand le dilemme se place dans l'hypothèse de l'article 232, c'est-à-dire dans le cas d'une condamnation survenue au cours du mariage : ici le point à résoudre est tout simplement éludé. Ce qu'on demande, en effet, ce n'est pas la justification d'un article dont la disposition se justifie d'elle-même, c'est d'expliquer comment il se pourrait qu'il ne fût pas dans la pensée de la loi d'admettre que la condamnation à une peine infamante subie par l'un des époux antérieurement au mariage est susceptible de créer une cause de nullité, quand la loi fait d'une telle condamnation survenue au cours du mariage une cause de divorce ou de dissolution. Or là-dessus on ne dit rien! C'est évidemment qu'on ne peut rien dire. Et en effet, la condamnation de l'un des époux, qu'elle ait précédé ou suivi la célébration du mariage, a les mêmes suites et produit des empêchements ou des incapacités de même nature par rapport aux obligations et aux devoirs que le contrat impose aux époux. Vous dites de celui qui est condamné au cours du mariage qu'il dégrade son existence civile, qu'il change par là la nature de l'association et viole toutes les obligations par lui contractées en se mariant. Mais il faut dire pareillement de celui qui avait subi la condamnation avant de se marier qu'il a dégradé son existence civile, et que par l'effet de la dégradation civique et de la surveillance de la haute police, sous le coup desquelles il reste placé, il est dans le cas de ne pouvoir remplir dans toute leur étendue les devoirs et les obligations naissant du mariage. Et c'est justement cette identité de situation qui autorise l'appel que je fais à l'article 232 pour la justification de ma thèse.

Je maintiens donc, nonobstant le dilemme, l'argument tiré d'un article qui incontestablement aurait eu sa disposition correspondante dans le chapitre du Code relatif aux demandes en nullité de mariage, et spécialement aux causes de nullité pour absence ou imperfection de consentement, si le législateur, au lieu de s'en tenir à poser une règle sur ce point, avait cru pouvoir entrer dans les détails; et je répète, non-seulement avec

Digitized by Google

la généralité des auteurs, mais encore avec l'appui de la loi elle-même, que la femme qui, par erreur, s'est mariée avec un forçat libéré est, *en droit*, dans le cas de demander la nullité du mariage pour erreur de consentement.

Et maintenant, *en fait*, la nullité *doit-elle* être prononcée? Cela dépendra des circonstances; et, sur ce point, je me sépare de ceux qui, en admettant comme je l'admets cette cause de nullité, soutiennent que si la nullité est demandée, les tribunaux doivent la prononcer toujours et nécessairement.

Sans doute, la dégradation civique et la surveillance de la haute police, qui sont la conséquence de la condamnation subie, créent un état qui est le même pour tous, et dans lequel les éléments et les attributs de la personne civile sont atteints au même degré et de la même manière. Mais n'oublions pas qu'il ne s'agit plus du *droit*; nous sommes maintenant dans le domaine du *fait et de l'appréciation*, et par conséquent dans un ordre d'idées où il n'y saurait avoir rien d'absolu.

Ainsi, la femme qui a épousé par erreur un forçat libéré est elle-même dans une position telle qu'il est évident pour tous qu'elle attache peu de prix à l'honneur du nom, à la considération publique, à l'exercice libre et complet des droits civiques et politiques : est-ce que la justice saisie, dans ce cas, d'une demande en nullité de mariage pour erreur de consentement, ne pourra pas déclarer que l'erreur alléguée n'est qu'un prétexte, et que n'ayant pas pu être déterminante, la demande doit être rejetée?

Il faut aller plus loin encore : et ici je rencontre la dernière des objections qui se sont produites devant la chambre civile de la Cour de cassation. Quel est, disait l'organe du ministère public, quel est, dans la condamnation subie et dans ses suites, l'élément auquel il faut s'attacher pour déterminer l'erreur commise? Ce n'est pas le crime; ce n'est pas la peine non plus; ce ne peut donc être que la dégradation civique, et alors on arrive à un résultat effrayant, car la dégradation civique est prodiguée dans le Code : elle s'attache au bannissement, à la détention, aux travaux forcés à temps, à la réclusion; elle peut même souvent être prononcée comme peine principale; elle atteint des faits de nature bien diverse et bien diversement appréciés, notamment presque tous les crimes politiques, des actions imprudentes qui ont pu exposer

Digitized by Google

l'État à la guerre, des actes attentatoires à la liberté individuelle, la délivrance de passe-ports avec supposition de noms, etc. Prononcera-t-on dans tous ces cas la nullité du mariage? Il le faudra pourtant, si l'ignorance de l'autre époux au moment du mariage est démontrée[1].

Non, il ne le faudra pas nécessairement! Le correctif et la sauvegarde sont dans la sagesse des tribunaux. Comme ce qu'ils ont à rechercher est de savoir si l'erreur a été déterminante, il faut bien admettre que tout ne sera pas dit quand la femme aura démontré son ignorance sur l'existence de la condamnation subie par celui qu'elle a accepté pour époux; il faudra de plus qu'il soit certain que le mariage n'aurait pas eu lieu si le fait de la condamnation avait été connu. Et comment les juges arriveront-ils à former leur conviction sur ce point? Précisément par l'appréciation des circonstances. La question qu'ils auront à se poser sera toujours celle-ci : la cause légale de la demande existant *en droit* dans l'amoindrissement de la personne civile du défendeur à la demande en nullité, est-il certain *en fait* que le demandeur, s'il eût connu la situation, eût refusé de consentir au mariage? Et les juges chercheront la solution dans les éléments de la cause, c'est-à-dire la position sociale des parties, la condamnation subie, la nature même du fait qui a motivé cette condamnation, la peine qui a été prononcée, toutes choses qui évidemment auraient été susceptibles d'exercer plus ou moins d'influence sur la détermination de celui qui les ignorait quand il s'est marié. Si, tout bien considéré, les juges arrivent à reconnaître que l'erreur a été déterminante, c'est-à-dire que le mariage n'aurait pas eu lieu si le fait inconnu à l'époque de ce mariage avait été révélé, ils prononceront la nullité; si leur conviction se forme en sens contraire, l'erreur alléguée ne sera plus à leurs yeux qu'un simple prétexte, et ils maintiendront un contrat dont l'annulation n'est plus possible dans la situation donnée. Il y a là, ce me semble, de quoi lever tous les scrupules; et à moins de se renfermer dans un parti pris d'exagération, de défiance et de crainte, il faut bien accepter, dans ces termes, le pouvoir discrétionnaire des juges et reconnaître qu'on ne hasarde rien en

[1] V. les conclusions de M. l'avocat général de Raynal, *J. Pal.*, 1861, p. 120.

Digitized by Google

se confiant ainsi aux tribunaux qui, pénétrés de la sainteté du mariage, sauront bien trouver la juste mesure et ne sacrifieront jamais aux droits privés l'intérêt supérieur de la société.

Telle est la solution que j'oppose à celle des adversaires de l'arrêt du 11 février 1861. J'aurais pu, pour la soutenir, emprunter à l'ordre moral de très-puissantes considérations. Mais j'ai renoncé à le faire, car il m'importait avant tout de montrer que cette solution n'est pas, comme on l'a dit, une thèse de *sentiment;* et dans cette vue j'ai cherché mon appui exclusivement dans la loi, dans les principes, dans le raisonnement. Sans doute, je rencontrerai des convictions résistantes, sans parler même de celles qui, fondées sur une première impression, s'y tiennent obstinément et ne voudraient à aucun prix être ramenées. Néanmoins, je crois ma démonstration solidement établie; et si la question, ce qu'à Dieu ne plaise, devait se reproduire, j'oserais espérer que la jurisprudence s'avancerait résolûment dans la voie où vient de l'engager l'arrêt de la Cour suprême.

PAUL PONT.

DE LA RÉDUCTION DU NOMBRE DES COURS D'ASSISES

ET DE LEUR CENTRALISATION AU CHEF-LIEU DE LA COUR IMPÉRIALE [1].

Par M. A. Frémont, conseiller à la Cour impériale d'Orléans, membre correspondant de l'Académie de législation de Toulouse.

Le grand et beau système de législation criminelle créé en France par les Codes de 1808 et 1810 a droit à tous nos respects; il y aurait donc imprudence et témérité à vouloir changer une institution qui a subi victorieusement l'épreuve d'un demi-siècle; mais il est permis de désirer l'amélioration de l'un de

[1] En publiant ce travail d'un savant magistrat déjà bien connu de ses lecteurs, la *Revue* n'entend pas adhérer à la pensée de l'auteur; elle fait, au contraire, toutes réserves sur plusieurs des réformes proposées, notamment sur celles qui touchent à l'institution du jury.

(*Note de la Rédaction.*)

Digitized by Google

ses rouages les plus importants pour assurer d'autant mieux sa durée et sa prospérité.

La modification législative dont je veux parler devrait s'accomplir au grand avantage de la justice et de l'humanité. Elle consisterait simplement dans la réduction du nombre des assises et dans leur concentration au chef-lieu de la Cour impériale.

Cette idée n'est pas nouvelle; elle a déjà été l'objet des méditations de beaucoup de bons esprits, et si je viens la développer ici, c'est parce que je crois que le moment de la réaliser est arrivé.

Dans mon système, la Cour d'assises aurait une session tous les deux mois au chef-lieu de la Cour impériale, et sa durée moyenne ne se prolongerait pas au delà de dix jours, ainsi que je l'établirai plus tard à l'aide de chiffres positifs puisés dans la statistique officielle.

Le nombre des sessions d'assises se trouverait ainsi sensiblement diminué, puisqu'au lieu de quatre par année et pour chaque département du ressort de la Cour il n'y en aurait plus que six au chef-lieu. L'action de la justice y gagnerait donc incontestablement en célérité, et les accusés subiraient une détention préventive moins prolongée, puisque toutes les affaires du même ressort ne seraient plus jugées dans le courant d'un trimestre, mais bien indistinctement tous les deux mois.

La Cour d'assises serait composée d'un président et de quatre assesseurs choisis parmi les criminalistes les plus distingués de la Cour impériale. L'application de la peine serait ferme et uniforme, puisqu'il n'y aurait, en y comprenant les départements annexés, que vingt-huit Cours d'assises composées exclusivement de magistrats de Cours souveraines, au lieu de quatre-vingt-neuf se recrutant pour la plupart dans les tribunaux de première instance.

Le président continuerait à être nommé par le ministre de la justice et les assesseurs à être désignés par le chef de la Cour.

Le premier président userait plus souvent de la faculté qui lui est accordée de présider lui-même les assises lorsqu'il le juge convenable. Cette haute et habile direction dans les affaires graves viendrait jeter un nouvel éclat sur nos débats du grand criminel, qui appellent l'attention de la France et de l'Europe entière lorsque des causes célèbres viennent s'y dérouler.

Digitized by Google

L'accusation ne serait plus soutenue par de jeunes officiers du parquet au début de leur carrière judiciaire, qui ont ordinairement à lutter contre les avocats les plus expérimentés des barreaux de nos chefs-lieux de département, mais bien par le procureur général en personne ou par MM. les avocats généraux et substituts. Ils useraient toujours et sans déplacement d'un droit que la loi leur confère aujourd'hui par exception.

En demandant que le nombre des assesseurs soit porté à quatre, je n'innove pas, mais je fais un retour vers les prescriptions du Code d'instruction criminelle de 1808 et de l'article 92 du décret du 6 juillet 1810. Cet état de choses subsista du reste jusqu'en l'année 1831. Le législateur d'alors revint au texte et à l'esprit de la loi du 27 ventôse an VIII, en réduisant à trois les membres composant la Cour d'assises.

Pourquoi ce retour vers le passé?

Le gouvernement du roi Louis-Philippe, par l'organe de M. Dupont de l'Eure, alors garde des sceaux, exposa que désormais le jury étant rendu à sa pureté et à la vérité de son origine, serait appelé à statuer souverainement sur le *fait;* que la Cour d'assises réduite à trois juges, loin de rien perdre de sa dignité, verrait, au contraire, agrandir son caractère. Organe de la loi, elle n'interviendrait plus dans la déclaration du fait : elle dirait *droit.*

Le ministre ajoutait que par suite de la suppression des juges et des conseillers auditeurs, ce serait s'exposer à gêner le service si l'on maintenait le nombre de cinq juges!

M. Bernard, rapporteur de la commission nommée pour examiner ce projet de loi, vient appuyer les arguments de M. le garde des sceaux, et examinant la question à un autre point de vue, il soutenait que ce serait une erreur de penser que plus il y a de magistrats délibérant sur l'application de la peine, plus l'accusé a de garanties; que l'expérience a prouvé, au contraire, que moins il y a de juges participant à la sentence, plus la responsabilité est réelle; un homme seul ne se déciderait que sur les plus fortes et les plus puissantes raisons à aggraver la peine; un seul homme serait rarement cruel, parce qu'il redouterait la grave responsabilité que lui seul aurait à porter.

Enfin, disait-il, si nos mœurs et nos habitudes ne nous permettent pas dès à présent d'arriver à cet égard au point que la législation anglaise a depuis longtemps atteint, nous pouvons

Digitized by Google

désormais y tendre par la diminution graduelle du nombre des juges.

Tels étaient les principaux arguments qui ont triomphé et qui ont amené le vote de la loi du 4 mars 1831. Ils ne m'ont jamais touché, et bien que la Cour d'assises réduite au nombre de trois juges fonctionne ainsi depuis bientôt trente ans, je n'en soutiendrai pas moins la modification comme étant une chose utile, avec tous les hommes politiques qui ont voté contre cette loi et qui n'ont pas suivi les entraînements d'une époque de faiblesses et de concessions.

Je crois, en effet, que la dignité de l'audience y a perdu. La Cour réduite à trois membres est effacée par les douze jurés siégeant sur le même plan qu'elle, et n'a plus rien d'imposant pour le public qui se presse d'ordinaire dans le prétoire de nos Cours d'assises.

Je n'admets pas non plus que le service de la justice eût été entravé si le nombre des magistrats composant les Cours d'assises avait été maintenu à cinq, et je le crois moins que jamais en présence de la diminution des affaires civiles et criminelles qui a récemment motivé des projets de réduction dans le personnel des Cours et des tribunaux.

Il y aurait d'ailleurs un moyen bien simple de ne gêner en quoi que ce soit le service : ce serait de restituer à la Cour d'assises tous les conseillers, qui ne peuvent en faire partie parce qu'ils ont siégé dans la même affaire à la chambre des mises en accusation. L'incompatibilité qui existe aujourd'hui entre ces deux juridictions n'a véritablement pas de raison d'être; en effet, le jury déclare seul la culpabilité de l'accusé, et les membres de la Cour d'assises ne font, en général, qu'appliquer la peine. Il serait donc facile et même rationnel de faire cesser une incompatibilité qui n'existe pas pour le juge d'instruction, lequel, en matière correctionnelle, apprécie la prévention et se prononce ensuite sur la culpabilité du prévenu.

Je ne puis également comprendre comment un plus grand nombre de magistrats appliquant la peine offrirait moins de garanties pour l'accusé, et je ne m'explique pas surtout comment moins il y a de juges et plus ils sont indulgents. Au surplus, s'il en était ainsi, je souhaiterais encore que le nombre des assesseurs fût augmenté, car notre société a besoin d'être protégée par la fermeté de nos décisions judiciaires.

Digitized by Google

D'un autre côté, il faut le reconnaître, le président des assises exerce ordinairement une considérable et légitime influence sur l'opinion de ses collègues; il s'est occupé de l'affaire de longue main; il s'est pénétré de tous ses détails; la direction des débats lui est confiée; il est juste, il est naturel que son opinion ait une grande prépondérance; mais il est pourtant désirable que cette prépondérance soit contre-balancée. Si le nombre des assesseurs n'est que de deux, il sera bien difficile qu'il en soit ainsi; s'il est de quatre, au contraire, l'équilibre sera rétabli et le président ne pourra plus se laisser entraîner involontairement à des rigueurs ou à des faiblesses qui ne seraient pas d'accord avec une stricte et équitable justice.

En Angleterre, la culpabilité de l'accusé ne se déclare jamais qu'à l'unanimité du jury, et dans ce pays la peine est si parfaitement mesurée sur chaque crime qu'elle ne peut, comme en France, s'étendre ou se resserrer; avec une telle législation, l'unité même du juge est sans danger. La loi prononce une peine fixe, déterminée; le juge ouvre le livre de la loi et en fait l'application. Le droit est donc seul soumis à son investigation; mais telle n'est pas notre législation pénale : elle est arbitraire en ce sens qu'elle laisse aux magistrats une latitude immense. Si les circonstances du crime, les antécédents de l'accusé, ses réponses, son attitude pendant les débats indiquent une âme pervertie, un coupable incorrigible, le magistrat sera sévère. Il sera indulgent, au contraire, il écartera même la condamnation qui pourrait entraîner l'infamie, si la jeunesse de l'accusé, son éducation, son repentir et ses larmes peuvent faire espérer son retour au bien; que peut donc, après cela, la ligne de démarcation entre les juges de fait et les juges de droit?

Puis comment admettre que trois juges soient appelés à prononcer sur l'honneur d'un homme, sur une détention qui pourra être perpétuelle; qu'ils jugent les questions d'identité des accusés, toutes si importantes et dont quelques-unes ont été l'écueil des magistrats même les plus capables de faire autorité par la rectitude de leur raison et par leur expérience consommée des hommes.

Cette puissance d'une majorité numériquement si petite n'est pas moins à redouter sous le rapport des condamnations civiles. Il appartient à la Cour d'assises de prononcer soit au profit de l'accusé lorsqu'il est absous, soit contre lui lorsqu'il est frappé

Digitized by Google

d'un châtiment corporel, ou qu'étant renvoyé de l'accusation il reste un fait matériel dont il doit comme auteur réparer pécuniairement les conséquences nuisibles. En matière civile, lorsque l'intérêt dépasse 1,500 francs, on a le droit d'appeler du jugement de première instance rendu par trois juges au moins, devant une Cour souveraine qui donne sept magistrats et plus pour juges suprêmes, et la Cour d'assises, où s'agitent des intérêts de fortune, de vie, d'honneur, n'offre que trois magistrats prononçant en juges souverains un arrêt de premier et dernier ressort. Cette anomalie, je ne crains pas de le dire, fait tache dans nos institutions judiciaires.

Enfin, l'article 352 du Code d'instruction criminelle autorise les Cours d'assises, quand elles pensent à l'unanimité que le jury s'est trompé en prononçant la culpabilité de l'accusé, à surseoir au jugement et à renvoyer l'affaire à la prochaine session. Ce pouvoir exorbitant, immense qui permet à la magistrature de porter la main sur le verdict du jury, de l'anéantir et d'en appeler à d'autres hommes pour leur confier le sort de l'accusé, serait bien mieux entre les mains d'un plus grand nombre de magistrats, car cette grave résolution, qui est une appréciation suprême du fait rentrant essentiellement dans le domaine du jury, serait partagée par un plus grand nombre de consciences.

La Cour d'assises étant ainsi fortement constituée et siégeant sur une vaste scène, il faudrait que le jury fût à son tour réorganisé sur des bases plus solides encore que celles posées dans la loi du 4 juin 1853. Il serait bien que les jurés fussent choisis dans les classes les plus éclairées, les plus riches et les plus indépendantes de la société.

Le nombre des jurés titulaires qui siégent aujourd'hui à chaque assise est trop considérable : il est de trente-six, plus de quatre jurés supplémentaires, qu'on appelle seulement lorsque les excuses admises par la Cour réduisent le nombre des jurés titulaires à moins de trente. La liste peut être facilement diminuée et portée à trente jurés titulaires seulement et complète à vingt-cinq. Six jurés supplémentaires, pris dans le chef-lieu de la Cour impériale, viendraient remplacer au besoin les jurés titulaires empêchés.

On prendrait par session dix jurés dans chacun les départements du ressort des Cours impériales se composant de trois

Digitized by Google

départements, et on aurait soin de garder la même proportion pour les départements des ressorts qui sont plus ou moins étendus.

Les crimes commis dans un ressort entier étant jugés tous les deux mois par une même Cour d'assises, il est juste que les jurés soient pris sur tous les points du territoire qui le compose.

En diminuant le nombre des jurés, il deviendrait tout naturel de réduire le nombre des récusations, ce dont je m'applaudirais fort.

En effet, si je voyais les récusations exercées par la défense avec cet esprit d'impartialité et de justice qui a dicté la pensée du législateur, je dirais que je regarde cette institution comme la plus respectable de notre droit criminel, car elle offrirait de salutaires garanties à la défense et à l'accusation. Malheureusement c'est tout le contraire qui arrive : les avocats font des récusations soit par complaisance dans les affaires peu importantes, soit dans le but avoué de faire admettre des circonstances atténuantes ou même d'amener un acquittement dans les affaires les plus graves.

Je ne puis donc voir dans le droit de récusation, tel qu'il est établi aujourd'hui, qu'un droit dangereux pour la société, que je ne trouve pas suffisamment défendue. Plus le jury laisse à désirer dans sa composition, plus le droit énorme accordé à la défense l'énerve et l'affaiblit. Trente-six jurés pris à peu près dans toutes les classes de la société se trouvent réunis; la défense peut exercer douze récusations, c'est-à-dire qu'elle peut dans chaque affaire enlever de l'urne le nom de tous les hommes intelligents et fermes de la session. En présence d'un droit presque toujours exercé systématiquement et avec une connaissance parfaite de l'esprit et du caractère de chaque juré, que pourra faire le ministère public? Récuser à son tour les douze jurés notoirement faibles ou ignorants, il ne restera donc dans l'urne pour composer le jury de jugement que les noms des hommes médiocres, mauvaise moyenne accessible à toutes les craintes et à toutes les hésitations; je le répète parce que je le sais par expérience, la vindicte publique se trouve le plus souvent désarmée, malgré l'habileté déployée par l'organe du ministère public et la fermeté apportée par le président dans la direction du débat.

Les récusations ont été créées par la loi pour que l'accusa-

Digitized by Google

tion et la défense puissent écarter les jurés notoirement hostiles à l'accusé ou à la société; or ce n'est là qu'une exception et qui serait d'autant plus restreinte que les jurés étant pris dans divers départements, l'accusé et le ministère public n'auraient pas d'intérêt à en récuser un aussi grand nombre, puisque la haine ou l'affection de personnes étrangères ne seraient plus à craindre ou à espérer.

On pourrait donc accorder à l'accusation et à la défense la faculté d'exercer trois récusations chacune. Ce serait très-suffisant et on pourrait alors faire venir un moins grand nombre de jurés au chef-lieu de la Cour impériale, et on éviterait le scandale d'acquittements obtenus le plus souvent à l'aide de l'exercice calculé et abusif du droit de récusation.

Le législateur français, en envoyant tous les trimestres un conseiller pour présider les assises dans chaque département de l'empire, a pris pour exemple les *circuits* d'Angleterre. Il a cru ajouter à la splendeur et à la célérité de la justice criminelle et, à mon avis, il s'est trompé à ce double point de vue. Il me sera facile de le démontrer à l'aide d'un simple rapprochement entre la législation anglaise et la législation française.

Les assises ont lieu deux fois par an dans tous les comtés d'Angleterre; elles sont divisées en six circuits qui comprennent tous les comtés. Ces circuits se tiennent au printemps et pendant l'été. Ceux du printemps sont appelés *lent-assises* et fonctionnent pendant les mois de mars et d'avril; ceux de l'été sont appelés *summer-assises* et fonctionnent pendant les mois de juillet et d'août. Il y a des circuits particuliers pour le pays de Galles; l'Ecosse et l'Irlande ont aussi leurs juges et leurs usages; la justice se rend avec une grande célérité. Deux des douze juges d'Angleterre sont désignés par la reine pour expédier toutes les affaires qui sont portées à chacun de ces circuits.

Ces douze juges sont ordinairement choisis parmi les avocats les plus éminents du royaume; ils ont un traitement de 100,000 francs par an, et lorsqu'ils sont désignés pour présider les assises, ils reçoivent en plus une indemnité de 125,000 fr.

Au jour fixé pour l'ouverture des assises, tout est en mouvement dans les comtés d'Angleterre; la justice du pays est honorée et applaudie. Le président part de Londres ayant pour cortége les shérifs, dont les fonctions sont à peu près celles

Digitized by Google

de nos préfets de France, les jurés, les hauts constables, les coroners, les juges de paix, les avocats, les plaignants, les attorneys, les témoins, etc., etc. Il est reçu aux approches de la ville qui va devenir le siége des assises par le shérif et par une partie des plus riches habitants de la province. Ces hauts personnages viennent au-devant de lui ou envoient leurs équipages et leurs riches livrées pour augmenter l'éclat de son cortége. Le président entre dans la ville au son des cloches et des trompettes; il est précédé par les gardes du shérif en grand costume et armés de longues piques. Ces trompettes et ces gardes restent attachés à son service pendant toute la durée de ses fonctions; ils l'accompagnent chaque jour à l'audience et le reconduisent au palais qui lui est assigné pour résidence.

Il y a en Angleterre deux espèces de jurys, comme nous les avions en France au début de notre législation moderne : l'un, le grand jury, statue sur la mise en accusation, et l'autre, le petit jury, constate le fait imputé à l'accusé.

Le jury anglais est composé des principaux propriétaires du comté, et il est d'usage de ne jamais y appeler que les citoyens les plus distingués par leur fortune et par la considération dont ils jouissent dans la province. Chacun tient à honneur de faire partie du jury, et personne n'oserait s'en dispenser sous peine de perdre toute sa considération et toute son influence.

Les assises en France se tiennent tous les trois mois dans chaque département. C'est là le principe de cette juridiction; elle se multiplie, comme en Angleterre, sur tous les points du territoire pour juger les accusés sur les lieux mêmes où les crimes ont été commis.

La Cour d'assises se compose d'un président pris parmi les conseillers de la Cour impériale, de deux assesseurs, d'un greffier et d'un officier du ministère public.

Le président est nommé par le ministre de la justice ou, à son défaut, par le premier président de la Cour impériale à laquelle il appartient.

Il est ordinairement logé dans un appartement qui lui est préparé au palais de justice. Une brigade de gendarmerie doit se porter au-devant de lui cent pas au-delà des portes de la ville et l'escorter jusqu'à son domicile; une brigade de gendarmerie doit également l'accompagner au départ.

Digitized by Google

Le maire et les adjoints sont tenus de recevoir le président des assises au haut de l'escalier du logement qui lui est destiné et de l'y installer; il doit être reçu dans l'intérieur de son appartement par le tribunal en corps.

Il a, pendant tout le temps de sa résidence au chef-lieu du département, une sentinelle à sa porte.

Les généraux de brigade commandant les dépôts et subdivisions militaires, les corps d'officiers composant ces dépôts et subdivisions, tous les officiers de gendarmerie rendent visite au président des assises; il est tenu, de son côté, de faire sa visite au préfet, qui doit la lui rendre dans les vingt-quatre heures.

Dans les cérémonies publiques, le président prend rang immédiatement après le préfet.

Il n'est pas douteux, comme je viens de le dire, que le législateur français, en envoyant tous les trimestres dans chaque département un conseiller pour présider les assises, a voulu ajouter à la célérité de l'expédition des affaires, et il n'a pas fait attention qu'il reculait de deux ou trois mois le jugement des accusés arrêtés la veille ou le lendemain de l'ouverture de chaque session, et qu'il éviterait ce grave inconvénient en ayant des sessions plus répétées et en quelque sorte permanentes au chef-lieu de la Cour impériale.

Il n'a pas non plus atteint son but en voulant entourer d'honneurs un magistrat touchant autrefois des appointements de 3,000 francs et aujourd'hui de 5,000 et recevant une indemnité de déplacement variant de 400 à 700 fr. Aussi qu'est-il arrivé?

Nos mœurs ont promptement modifié la pompe anglaise. Le conseiller désigné pour présider les assises voulant, en quelqne sorte, se faire pardonner les honneurs qu'il enlève momentanément au président du tribunal, se rend sans bruit au chef-lieu du département; la brigade de gendarmerie ne va plus au-devant de lui; le maire et les adjoints ne le reçoivent plus au haut de son escalier, et le tribunal en corps ne l'attend plus dans l'intérieur de son appartement. Seulement un factionnaire est placé à sa porte, et le lendemain de son arrivée il reçoit les autorités civiles et militaires, qui se font généralement un devoir d'aller rendre leurs hommages au président des assises.

Au chef-lien de la Cour impériale, où tous ces honneurs ne lui sont pas dus, la Cour d'assises n'en conserve pas moins son

Digitized by Google

caractère grave et imposant, parce que chez nous on pèse les hommes au poids de leur valeur personnelle et non à l'éclat qui les environne.

Le jury français est pris presque indistinctement dans toutes les classes de la société; j'aimerais mieux, cette fois, qu'il fût choisi comme en Angleterre parmi les hommes riches, distingués et jouissant d'une grande considération; il offrirait plus de garanties d'indépendance, de capacité, et se montrerait certainement plus désireux de remplir des fonctions peu recherchées dans notre pays, et dont beaucoup de marchands, de petits propriétaires et d'employés du gouvernement cherchent chaque jour à s'affranchir. Il est bien entendu que ma pensée n'a rien d'aristocratique : je viens, au contraire, au secours des classes laborieuses, qui ne sont pas assez riches ni assez libres de leur temps pour supporter de longs et onéreux déplacements.

Une seule Cour d'assises qui siégerait tous les deux mois au chef-lieu de la Cour impériale suffirait à l'expédition des affaires du grand criminel, parce que le nombre des attentats contre les personnes et contre la propriété jugés par cette haute juridiction ont notablement diminué et tendent à diminuer encore. La répression serait plus rapide, plus uniforme et plus imposante, parce qu'elle serait exercée exclusivement par des magistrats de Cour souveraine offrant toutes les garanties d'expérience et de capacité; le jury lui-même puiserait une nouvelle force et une nouvelle vie dans cette concentration de l'action publique.

Il est constant que les crimes soumis aux Cours d'assises ont, dans ces derniers temps, diminué d'une façon très-sensible; il y a des sessions qui n'ont pas vu figurer d'affaires à leur rôle, et la Cour d'assises de la Seine elle-même n'aura bientôt plus besoin d'une double session par mois pour juger tous les crimes qui se commettent dans la capitale et dans la banlieue. La durée moyenne des assises, autrefois assez chargée dans nos départements du centre, est aujourd'hui de trois ou quatre jours. Enfin la statistique criminelle, qui résume avec tant de soin la répression en France, établit que depuis 1826 jusqu'à 1850, c'est-à-dire pendant une période de vingt-cinq ans, un nombre moyen de 5,350 était jugé chaque année, tandis que depuis 1855 notamment, cette même moyenne s'est abaissée à 4,500 et au-dessous.

Digitized by Google

Cet heureux résultat est évidemment dû à des causes que je considère comme le point de départ de mon système et que, par cette raison, je dois développer avec quelque détail.

Le législateur de 1832, dans une philanthropie funeste et mal entendue, avait édicté l'article 44 du Code pénal. Cet article autorisait tous les condamnés à la surveillance de la haute police à changer de résidence comme bon leur semblait en prévenant trois jours à l'avance le maire de la commune qu'ils avaient désignée pour y demeurer en sortant soit du bagne, soit des maisons centrales. Cette faculté inouïe accordée à plus de 40,000 forçats ou réclusionnaires libérés n'était, en fait, que l'organisation légale et régulière du vagabondage, entraînant comme conséquence forcée la récidive et multipliant sur tous les points de la France le vol et l'assassinat. Combien de complots formés pendant les longs jours de l'expiation et exécutés à heure fixe sur tel ou tel point du territoire français!

Le président de la république, qui voulait réorganiser notre société sur des bases solides et durables, comprit bien vite le danger d'un pareil état de choses et rendit un décret portant la date des 8 et 12 décembre 1851, par lequel il abrogea l'article 44 de la loi de 1832. « La France a besoin, y est-il dit, d'ordre, de travail et de sécurité; depuis un grand nambre d'années la société est profondément inquiétée et troublée par les machinations de l'anarchie, ainsi que par les tentatives insurrectionnelles des affiliés aux sociétés secrètes et des *repris de justice*, toujours prêts à devenir des instruments de désordre; par ses constantes habitudes de révolte contre les lois, cette classe d'hommes compromet la tranquillité, le travail et l'ordre public. »

Le décret ajoute : « Tout individu placé sous la surveillance de la haute police qui sera reconnu coupable de rupture de ban pourra être transporté par mesure de sûreté générale dans une colonie pénitentiaire, à Cayenne ou en Algérie. La durée de la transportation sera de cinq ans au moins et de dix ans au plus. L'effet du renvoi sous la surveillance de la haute police sera à l'avenir de donner au gouvernement le droit de déterminer le lieu dans lequel le condamné devra résider après qu'il aura subi sa peine. L'administration indiquera les formalités propres à constater la présence continue du condamné dans le lieu de sa résidence.

Digitized by Google

Ce n'est pas tout, le gouvernement nouveau voulut compléter son œuvre, et dès les 27 mars et 16 avril 1852 un second décret intervint et ordonna que les condamnés aux travaux forcés, qui étaient alors détenus dans les bagnes, seraient envoyés à Cayenne pour y subir leur peine. Tout condamné dont la peine est fixée à huit années de travaux forcés est tenu, à l'expiration de ce terme, de résider dans la colonie pendant un temps égal à la durée de sa condamnation, Si la peine est de huit années et au delà, il doit résider à la Guyane française pendant toute sa vie.

Afin d'encourager le travail et de réprimer l'indolence dans les maisons centrales, un arrêté du 25 mars 1854 a permis d'accorder un ou deux dixièmes supplémentaires aux détenus laborieux et de réduire dans les mêmes proportions le pécule disponible de ceux qui encourent des reproches à cet égard.

Cette activité permanente des prisons, que dans d'autres pays et d'après certaines théories économiques on a voulu appliquer à des occupations improductives, est réglée dans ses mouvements de manière à ne porter aucun préjudice à l'industrie libre. Les tarifs de la main d'œuvre sont fixés par le ministre de l'intérieur sur la proposition des préfets, d'après des séries de prix indiquées par l'entrepreneur, l'inspecteur des ateliers, le directeur de l'établissement et la chambre de commerce de la localité.

Cette organisation donne des résultats avantageux aux détenus et à l'État. Le produit du travail, qui en 1852 était de 1,500,000 francs, s'était élevé en 1855 à 2,150,000 francs, et il dépasse aujourd'hui 3,000,000 francs.

La discipline et l'amendement moral des détenus y ont gagné; et l'on peut affirmer que la décroissance du nombre des récidives, constatée dans ces dernières années parmi les réclusionnaires, est due en partie à un régime qui, développant chez eux l'habitude du travail, leur fournit, à la sortie, un pécule suffisant pour les prémunir contre les suggestions du dénûment.

Une autre mesure a été prise et a également concouru à diminuer le nombre des crimes : je veux parler de la répression intelligente qui, en 1851, fut organisée par la création de deux cent vingt-trois brigades de gendarmerie et sept cent quinze commissariats de police cantonaux. Un vaste réseau étendit sur

Digitized by Google

tous les points de la France une surveillance active et fit de suite comprendre aux malfaiteurs que l'impunité était désormais chose presque impossible; ils durent réfléchir, et bien des crimes ont été conjurés par cette terreur salutaire jetée à dessein dans les masses.

Il est évident que des moyens aussi énergiques et aussi habilement combinés devaient immédiatement produire les résultats les plus salutaires et amener une notable diminution dans le nombre des crimes soumis aux cours d'assises, puisque les plus redoutables ennemis de la société ne sont plus là pour commettre ces grands attentats qui jettent l'effroi dans les populations.

Qu'on me permette de le dire, je suis, pour mon compte, partisan déclaré de ces justes rigueurs qui frappent à bon droit des hommes que la société a essayé de moraliser et de secourir par tous les moyens dont elle dispose.

En effet, nulle part plus qu'en France on ne vient en aide aux classes indigentes et déshéritées. Le chef de l'État, les dignitaires de l'empire, le clergé et toutes les personnes, en un mot, qui peuvent disposer de la fortune publique ou privée, se font un devoir d'assister ceux qui souffrent ou qui sont faibles. Voyez l'enfant pauvre : en naissant il trouve des crèches pour le recevoir et des sociétés de maternité pour lui prodiguer les soins les plus tendres et les plus touchants. Commence-t-il à pouvoir se passer de sa mère, des salles d'asile lui sont ouvertes et des sœurs de charité lui donnent les premières notions de morale et de religion. Devient-il adulte, aussitôt l'enseignement gratuit lui est offert, dans la commune la plus pauvre comme dans la cité la plus opulente; et si, avant d'entrer dans la vie réelle et avant qu'il ait le discernement nécessaire pour bien comprendre la portée de ses actes il commet une première faute, les juges ne le condamnent pas, mais le placent dans une maison de correction. Là il est moralisé, instruit, de sorte que, arrivé à la majorité, l'enfant qui a failli une première fois peut devenir un citoyen honnête et digne de servir utilement son pays.

Aux autres époques de la vie, l'homme qui est dans le besoin ou qui souffre continue à être assisté. Un vieillard est-il atteint d'infirmités, des hôpitaux spacieux et bien tenus lui sont ouverts; il y est soigné avec affection et y meurt en paix.

Digitized by Google

Disons-le, notre société s'imposant tant de sacrifices, ne fait qu'accomplir un devoir rigoureux et mettre en pratique l'une des plus consolantes vertus du christianisme; mais après avoir donné des soins à l'enfance, de l'instruction à la jeunesse, du soulagement à l'âge mûr, elle doit se montrer sévère, j'allais dire inexorable pour les hommes qui, méconnaissant tous ces bienfaits, l'attaquent sans cesse et foulent aux pieds les lois les plus respectables du pays.

Je reviens plus spécialement à mon sujet et je dis que d'autres causes encore doivent concourir à la diminution des crimes. En effet, la révolution de 1830 avait transformé, en quelque sorte, la Cour d'assises en institution politique en lui déférant un bon nombre de délits et d'infractions précédemment jugés par les tribunaux correctionnels.

La révolution de 1848 lança de plus en plus les Cours d'assises dans la voie politique en leur attribuant des faits sans gravité réelle, prévus par les lois électorales sur les clubs, etc., etc.

On peut donc dire sans exagération que près d'un tiers des sessions des Cours d'assises, surtout au moment des commotions politiques, fut consacré aux jugements des délits de la presse et autres affaires contre la sûreté de l'État.

Mais aujourd'hui ces sortes de procès ont été successivement enlevés à la connaissance de la Cour d'assises. Ainsi par décret du 31 décembre 1851, les cris séditieux furent renvoyés devant la police correctionnelle, et le décret organique sur la presse des 17 et 23 février de l'année suivante attribua également à la juridiction correctionnelle tous les délits commis par la voie de la presse ou tout autre moyen de publication mentionné dans l'article 1er de la loi du 17 mars 1819, et qui avaient été attribués par les lois que je viens de citer à la compétence des Cours d'assises et généralement toutes les contraventions sur la presse.

Il faut donc encore faire disparaître du rôle des assises cette catégorie importante de procès qui désormais ne devront plus figurer au grand criminel.

De plus, le jury qui avait montré tant de faiblesse et, je ne crains pas de le dire, qui avait ainsi encouragé par l'impunité tant de crimes pendant les temps orageux que la France a traversés, fut réorganisé par la loi de 1853. Le jury qu'on surnomma *démocratique* fut remplacé par un jury dont la composi-

Digitized by Google

tion offre plus de garanties, mais qui laisse encore beaucoup à désirer.

Le 9 du même mois, un second décret paraissait et décidait que désormais le verdict du jury ne serait plus énervé par l'exigence d'un trop grand nombre de voix, mais qu'il pourrait être rendu à la simple majorité. Depuis cette époque, la répression est plus satisfaisante, la société se raffermit, les criminels ne montrent plus autant d'audace, et par conséquent les crimes ont diminué.

Enfin, les tribunaux correctionnalisent un grand nombre de petites affaires en s'efforçant de ne pas apercevoir les circonstances aggravantes qui les accompagnent. J'approuve cette manière de procéder à un certain point de vue, parce qu'elle accélère l'administration de la justice et enlève aux Cours d'assises une foule de procès véritablement indignes de leurs solennités; mais comme je redoute ce qu'on appelle l'administration en matière de justice, j'aimerais beaucoup mieux que le législateur se substituât aux tribunaux correctionnels et décidât qu'à l'avenir le plus grand nombre des crimes entraînant la peine de la réclusion fussent soumis aux tribunaux ordinaires en leur accordant le droit d'appliquer de cinq à dix ans d'emprisonnement. Rien ne serait plus rationnel, car dans la majeure partie des affaires de cette catégorie, le jury admet des circonstances atténuantes et les Cours d'assises, pour s'associer à la pensée d'indulgence qui a dicté le verdict, se croient souvent obligées d'appliquer de simples peines correctionnelles d'emprisonnement variant de un à cinq ans. De cette façon, on enlèverait encore aux Cours d'assises une notable portion des affaires qui leur sont soumises, et le nombre en serait alors tellement restreint que tous les procès au grand criminel seraient facilement jugés au chef-lieu de la Cour impériale; son rôle serait peut-être moins chargé que ne l'était celui de chaque département à l'époque de la création des Cours d'assises.

A ces causes matérielles sont venues se joindre des causes toutes morales qui ont manifestement concouru à la diminution du nombre des crimes.

L'état de la France est prospère : l'industrie d'un côté, les victoires de l'autre ont fourni un puissant aliment à ces esprits aventureux et exaltés, qui se livrent aux sublimes ou aux détestables actions selon que les événements les y portent.

Digitized by Google

De plus, il faut le reconnaître, notre société a traversé de terribles révolutions qui ont jeté l'anarchie dans les esprits; mais les masses égarées tendent à revenir au bien par la vertu de ces puissances universelles que l'un des hommes les plus éminents de notre époque appelle Dieu et le malheur. Aujourd'hui les saines doctrines de la morale chrétienne ont fait place aux utopies philosophiques qui ont si profondément remué le monde depuis plus d'un demi-siècle; elles ont repris chez nous une place incontestée et sur les âmes une grande puissance; elles se sont glissées dans plus d'un cœur perverti et l'ont arrêté sur le bord de l'abîme.

Je ne puis mieux résumer ce que je viens de dire sur la diminution des crimes qu'en présentant un tableau comprenant le nombre des affaires par chaque département et par chaque ressort de Cour impériale pendant l'année 1858 (dernière statistique); le nombre des affaires qui seraient jugées tous les deux mois au chef-lieu de la Cour impériale si mon projet était adopté; enfin le nombre de jours que durerait chaque session en calculant sur une moyenne de deux affaires portées à chaque audience. Je crois que cette moyenne n'a rien d'exagéré; en effet, s'il arrive qu'une seule affaire dure un jour tout entier, trois affaires peuvent aussi facilement être jugées à la même audience. Je ne parle pas des débats qui se prolongent pendant plusieurs jours et pour lesquels, même dans l'état actuel des choses, une session extraordinaire est souvent nécessaire.

Digitized by Google

TABLEAU COMPARATIF contenant le nombre des affaires criminelles par chef-lieu de département et par ressort de Cour impériale pendant l'année 1858; nombre des affaires qui seraient jugées, tous les deux mois, dans chaque chef-lieu de Cour impériale; nombre de jours que durerait chaque session, en calculant sur une moyenne de deux affaires par audience.

COURS IMPÉRIALES.	DÉPARTEMENTS.	NOMBRE des AFFAIRES par chaque département.	NOMBRE des AFFAIRES par chaque ressort de Cour impériale.	NOMBRE des AFFAIRES à juger tous les deux mois au chef-lieu de la Cour impériale.	NOMBRE de JOURS que durera chaque session.
LIMOGES	Corrèze	16	54	9	5
	Creuse	19			
	Haute-Vienne	19			
BOURGES	Cher	22	60	10	5
	Indre	7			
	Nièvre	31			
METZ	Ardennes	34	67	11	6
	Moselle	33			
BASTIA	Corse	74	74	12	6
NANCY	Meurthe	28	78	13	7
	Meuse	15			
	Vosges	35			
PAU	Landes	37	84	14	7
	Basses-Pyrénées	32			
	Hautes-Pyrénées	15			
GRENOBLE	Hautes-Alpes	14	86	14	7
	Drôme	34			
	Isère	38			
BESANÇON	Doubs	44	96	16	8
	Jura	28			
	Haute-Saône	24			
DIJON	Côte-d'Or	36	102	17	9
	Haute-Marne	30			
	Saône-et-Loire	36			
DOUAI	Nord	62	105	17	9
	Pas-de-Calais	43			
ORLÉANS	Indre-et-Loire	43	111	18	9
	Loir-et-Cher	25			
	Loiret	43			
AGEN	Gers	32	112	18	9
	Lot	35			
	Lot-et-Garonne	45			
LYON	Ain	25	121	20	10
	Loire	42			
	Rhône	54			
MONTPELLIER	Aude	20	132	22	11
	Aveyron	42			
	Hérault	46			
	Pyrénées-Orientales	24			
COLMAR	Bas-Rhin	72	143	24	12
	Haut-Rhin	71			

Digitized by Google

COURS IMPÉRIALES.	DÉPARTEMENTS.	NOMBRE des AFFAIRES par chaque département.	NOMBRE des AFFAIRES par chaque ressort de Cour impériale.	NOMBRE des AFFAIRES à juger tous les deux mois au chef-lieu de la Cour impériale.	NOMBRE de JOURS que durera chaque session.
RIOM	Allier	36	148	24	12
	Cantal	33			
	Haute-Loire	24			
	Puy-de-Dôme	55			
ANGERS	Maine-et-Loire	60	155	25	13
	Mayenne	55			
	Sarthe	40			
BORDEAUX	Charente	51	156	26	13
	Dordogne	35			
	Gironde	70			
ROUEN.	Eure	61	156	26	13
	Seine-Inférieure	95			
CAEN	Calvados	60	160	27	14
	Manche	57			
	Orne	43			
TOULOUSE	Ariége	21	163	27	14
	Haute-Garonne	73			
	Tarn	42			
	Tarn-et-Garonne	27			
POITIERS	Charente-Inférieure	101	184	30	15
	Deux-Sèvres	26			
	Vendée	34			
	Vienne	23			
AMIENS	Aisne	68	193	32	16
	Oise	52			
	Somme	73			
AIX	Basses-Alpes	23	199	33	17
	Bouches-du-Rhône	114			
	Var	62			
NIMES	Ardèche	63	216	36	18
	Gard	64			
	Lozère	21			
	Vaucluse	68			
RENNES	Côtes-du-Nord	67	370	61	31
	Finistère	66			
	Ille-et-Vilaine	95			
	Loire-Inférieure	75			
	Morbihan	67			
PARIS	Aube	48	777	130	65
	Eure-et-Loir	38			
	Marne	67			
	Seine	447			
	Seine-et-Marne	54			
	Seine-et-Oise	80			
	Yonne	43			

Il résulte de ce tableau que si les Cours d'assises étaient centralisées au chef-lieu de la Cour impériale, la moins chargée

Digitized by Google

n'aurait que cinq jours d'audience et que celle qui le serait le plus en aurait dix-huit, car je ne parle pas des deux Cours d'assises de Rennes et de Paris, elles resteraient, ainsi que celles dont le rôle se trouverait trop chargé, dans l'exception et auraient des sessions extraordinaires comme cela s'est toujours pratiqué à Paris.

J'ai entendu faire des objections au système que je viens de formuler. Il est indispensable, dit-on, que la condamnation soit prononcée sur les lieux mêmes où le crime a été commis; c'est le seul moyen de le rendre efficace, parce que le châtiment servira d'exemple et que d'ailleurs le coupable sera bien plus sévèrement puni si la peine est infligée dans la contrée même où il a porté le deuil et l'effroi.

Cette objection soulève une grave question; mais en l'examinant bien, elle tourne en faveur du système que j'offre aux méditations des criminalistes. En effet il est dangereux, selon moi, que les débats d'une grave affaire se déroulent trop près de ceux qui ont un intérêt à la condamnation ou à l'acquittement d'un accusé, car les mauvaises passions s'agitent alors en sens divers et la justice n'a plus ce calme et cette liberté d'action qui ne devrait jamais l'abandonner. J'ai plus d'une fois, dans le cours de ma carrière judiciaire, eu l'occasion de constater combien ce que j'avance ici est fondé. Le législateur, tout le premier, a été effrayé d'un pareil danger, puisqu'il a autorisé le procureur général et même la partie intéressée à demander le renvoi de l'affaire devant une autre Cour d'assises pour cause de suspicion légitime (art. 541 du Code d'instruction criminelle).

Aujourd'hui, d'ailleurs, il n'y a plus de distances; l'homme, comme la pensée, peut voyager avec la rapidité de l'éclair, et les cent bouches de la presse viennent publier jour par jour, heure par heure et le crime et le châtiment.

L'espace qui sépare les chefs-lieux de la Cour impériale des cantons les plus éloignés de son ressort se franchit maintenant avec plus de facilité et de promptitude qu'autrefois la distance qui existe entre les chefs-lieux d'arrondissement et le chef-lieu du département. La longueur totale des voies ferrées concédée en France est déjà de 16,352 kilomètres. Lorsque le grand réseau de nos chemins de fer sera terminé, ce qui ne peut tarder, quatre-vingt-cinq départements (sans y comprendre les dépar-

Digitized by Google

tements annexés) seront traversés par nos rails-vays et tous les chefs-lieux desservis, à l'exception de Mende (Lozère) et Digne (Basses-Alpes); tous les principaux ports seront reliés au réseau national. A l'heure qu'il est, la longueur exploitée est de plus de 9,000 kilomètres; soixante-quatorze départements sont traversés par nos voies ferrées et soixante-cinq chefs-lieux desservis. Je le répète, on peut dire sans exagération que nous touchons au moment où il n'y aura plus de distances en France, car non-seulement nous avons les chemins de fer, mais encore les bateaux à vapeur, des routes superbes et des moyens de transport aussi multipliés que rapides.

Ainsi donc, l'objection ne porte pas; tous les accusés d'un même ressort jugés au chef-lieu de la Cour impériale ne seraient pas plus éloignés de leurs juges et de leurs foyers qu'ils ne l'eussent été de leur chef-lieu de département en 1808 avec le coche et les mauvaises routes.

On dit encore : Mais votre idée de concentrer tous les services des Cours d'assises au chef-lieu de la Cour serait très-onéreuse pour le trésor public.

Cela serait, qu'une question d'argent ne devrait pas faire reculer le législateur, si, comme je crois l'avoir démontré, il y avait un avantage réel pour la bonne administration de la justice criminelle; mais il n'en est rien, et je puis établir que les frais de justice seraient diminués au lieu d'être augmentés.

Pour arriver à cette économie, je signale en première ligne la diminution de l'indemnité accordée aux jurés; car il ne faut pas perdre de vue que le nombre des jurés titulaires, qui est de trente-six, serait réduit à trente, et qu'ils ne se réuniraient plus que six fois par an au chef-lieu de la Cour impériale, au lieu de se réunir tous les trois mois dans chaque département; il y aurait là une économie considérable. En effet, nous avons aujourd'hui quatre-vingt-neuf départements où se tiennent 365 sessions d'assises, ce qui nécessite le déplacement de 12,816 jurés par an, sans y comprendre les jures supplémentaires.

Si les Cours d'assises étaient centralisées au chef-lieu de la Cour impériale, nous n'aurions plus que 28 siéges d'assises qui nous donneraient, à 6 sessions par an, un total de 168 sessions; or le nombre des jurés étant réduit à 30, 5,040 seulement viendraient chaque année prendre part aux travaux des assises; il

Digitized by Google

y aurait donc l'énorme diminution de l'indemnité accordée à 7,776 jurés.

Puis les jurés et les témoins pourraient être conduits au nouveau siége de la Cour d'assises, non-seulement avec une très-grande rapidité, mais aussi à très-peu de frais. Tous les gouvernements qui se sont succédé ont exigé des entrepreneurs de voitures publiques que le soldat qui voyage pour la défense de la patrie fût transporté à prix réduit d'un bout de la France à l'autre; il en devrait être de même avec les opulentes compagnies de nos chemins de fer; elles se feraient un devoir, même en l'absence de toute stipulation dans leurs cahiers de charges, de fournir à bon marché des moyens de transport à ceux qui marchent pour la défense de la société.

Enfin l'indemnité accordée au président d'assises, au premier président lorsqu'il juge opportun d'aller présider en personne, aux assesseurs pris dans certaines circonstances parmi les conseillers et aux membres du parquet de la Cour impériale serait supprimée et produirait une économie de plus de 100,000 francs par an.

En résumé, le système que je viens de développer amènerait une diminution dans les frais de justice criminelle; la composition du jury et de la Cour d'assises y gagnerait en force et en dignité; la répression des crimes serait plus prompte et la détention préventive moins prolongée.

Je me souviens que lorsqu'il fut question de centraliser les appels de police correctionnelle au chef-lieu de la Cour impériale, une foule de voix s'élevèrent pour repousser une innovation que j'appelais de tous mes vœux et qui devait entraîner après elle des dépenses excessives et des déplacements impossibles. Le chef de la magistrature ne tint pas compte de ces objections exagérées et la centralisation fut ordonnée. Aujourd'hui chacun applaudit à une mesure législative qui a amené les meilleurs résultats. Les appels ont diminué et les dépenses n'ont pas augmenté.

Je regarde cette modification dans notre système pénal comme le prélude de celle que je demande, et je ne doute pas qu'elle ne s'opère aussi facilement et qu'elle n'amène des résultats bien autrement importants.

Une idée qui nous a longtemps et fortement préoccupés prend à nos yeux une importance telle que nous la croyons parfaite;

Digitized by Google

nous y attachons un prix auquel notre vanité ajoute ordinairement trop de foi. Pourtant plus j'y réfléchis, plus je demeure convaincu que la centralisation des Cours d'assises au chef-lieu de la Cour impériale devra prochainement se réaliser au grand avantage de la bonne administration de la justice criminelle en France. A. FRÉMONT.

QUELQUES QUESTIONS,

AU SUJET DES TROIS DERNIERS ARRÊTS DE LA COUR DE CASSATION [1],

EN MATIÈRE DE PARTAGE D'ASCENDANT.

Par M. DUBERNET DE BOSCQ, conseiller à la Cour impériale d'Agen.

DEUXIÈME ARTICLE [1].

Objections. — Réponses.

1. Boullenois, citant d'Argentré lui-même, a donné sur sa question septième une première solution en ce sens qu'il faut tout remettre *à l'époque du décès* (p. 169). — Mais il a ici raisonné pour le cas où le père avait fait des inégalités dans son partage, et où la question était de savoir si *ces inégalités blessaient* LA LÉGITIME, ajoutant que la décision de d'Argentré s'appliquait *cui minùs quàm per consuetudinem relictum est*, c'est-à-dire à celui dont le démettant avait fait, comme il l'appelle lui-même, *un partage non conforme à la disposition de la loi.* Or nous raisonnons, nous, comme l'avaient fait ailleurs ces deux grands maîtres de la spécialité, pour le cas où soit le défaut d'égalité, soit le défaut de proportionnalité, blesse la quotité *contractuelle;* où le partage est non conforme à la disposition *de l'acte.*

2. Se plaçant à un autre point de vue, le même auteur subordonne encore toutes choses au décès du démettant (*ib.*); et, selon Duparc-Poullain, cette autre solution était pareillement suivie en Bretagne (t. III, p. 461). — Oui, assurément; et c'est même ce passage de Duparc-Poullain qui contribua à déter-

[1] V. *Revue critique*, n° de janvier, p. 33.

Digitized by Google

miner M. l'avocat général Pascalis, lors du célèbre arrêt par lequel la Cour de cassation entra dans les vues nouvelles qu'elle a depuis conservées (Sir.-Vill., 47, 1, 401). Ce magistrat trouva en effet que la démission de biens, même en Bretagne, était, *sans distinction*, soumise à la loi du décès. — Mais, dans l'espèce de cette décision, il s'agissait d'une circonstance qui, d'ailleurs, ne peut plus se reproduire sous notre législation actuelle, c'est-à-dire *d'un droit d'aînesse* conféré avec les biens. Or par là, ainsi que ledit Boullenois, ainsi même que cela avait eu lieu, la mort de l'aîné avant le démettant pouvait changer l'ordre de succession aux biens de celui-ci; et l'entière donation, quelque irrévocable qu'elle fût, devait dès lors être tenue en suspens. Or, encore, est-ce là que nous en sommes?

3. M. Troplong a dit, sans avoir pourtant précisé davantage, que nous n'avions plus parmi nous *l'ancienne démission de biens*[1]; et l'exposé des motifs[2] et Merlin[3] ont donné, avant lui, des explications qui se réduisent à dire seulement que notre chapitre 7 *ressemble beaucoup* à la démission irrévocable d'autrefois; que, du reste, on peut l'établir contractuellement, de par la liberté des conventions en général. — Mais, quant à M. Troplong, le seul sens littéral de ce passage et même de tous les autres où il y revient suffit pour prouver que cet éminent jurisconsulte a uniquement entendu parler de la démission qui était le plus généralement connue, de la *révocable*. Quant à l'exposé des motifs, quant à Merlin, il n'y a qu'à relire, d'une part, le traité spécial de Boullenois, et, d'autre part, notre chapitre 7 du Code Napoléon, pour se convaincre d'un fait qui dépasse la *ressemblance*, qui constitue l'*identité*. En tout cas, d'après Bigot-Préameneu, surtout d'après Merlin, notre port de salut, à défaut de la loi, serait tout au moins, comme on le voit,

DANS LE NOTARIAT.

4. Des nombreuses espèces qui se sont présentées devant la Cour suprême, peut-être même de celles jugées en Cour d'appel, aucune, dira-t-on, n'a suscité ces points de vue. — D'abord il serait bien difficile de prouver cela; et puis, ce qui au contraire est très-certain, c'est que dans quelques-unes, notamment dans deux parmi les trois dernières, il n'y avait nul

[1] Nos 2293 à 2295.
[2] Fenet, 12, 558.
[3] Rép., vo *Démiss.*, nos 5 et 6.

Digitized by Google

moyen de se référer au droit contractuel. Ainsi dans cette mémorable affaire, où la Cour de cassation changea sa jurisprudence [1], n'y eût-il-pas, comme nous l'avons remarqué ailleurs, une particularité essentielle? Ne fût-il pas prétendu, dans les conclusions, que la mère disposante avait, dans *sa distribution*, dépassé les limites, non de sa propre disposition, mais *de la loi*? Et, de cette sorte, ce qui fut véritablement en litige, n'était-ce pas le droit *successoral*, non le droit *contractuel?* Ainsi, dans les trois dernières, rien à retirer, quant à ce, de celle du sieur *Aubry :* les arrêtistes ni les arrêts n'en disent mot. Mais des affaires *Regimbaud* et *Lissandre?* Non-seulement par les recueils, mais surtout par nos propres souvenirs d'audience et, au besoin, par les qualités d'instance déposées à notre greffe, nous savons que d'un côté les défendeurs avaient reçu les entiers biens en nature, *sans estimation corrélative avec ce qu'avaient reçu les plaignants*, et que d'un autre côté, par la même raison, il n'avait été alloué à ceux-ci qu'une certaine somme d'argent, *sans aucune proportionnalité avec la valeur collective de la masse donnée*. Dans l'affaire *Regimbaud*, l'arrêt a même argumenté de l'état particulier des choses : c'est qu'il y avait là une fusion de deux patrimoines et un ensemble de clauses qui, *de fait*, avaient rendu impossible jusqu'au décès l'action de la demanderesse.

Reste donc, avec sa conséquence d'action et de recevabilité *in præsenti*, mais dans les cas précis qui viennent d'être posés, notre saisine conventionnelle. Seulement, à défaut de l'ancienne cause suspensive que produisait la durée problématique *du droit d'aînesse* transmis avec le surplus de la donation, et dont nous venons de voir les effets, il a été accueilli d'autres causes aboutissant au même obstacle.

§ 2. — Sur le deuxième moyen.

1. Au lieu de cette autre exception dilatoire, prise *du respect et de la reconnaissance* [3], est-il également bien reconnu, à part celles ci-après, que *l'action s'ouvre immédiatement*, comme l'a dit M. Renault d'Ubexi, *au profit du donataire?*

Ou bien, et à part aussi ce que nous en avions dit ailleurs [4],

[1] Aff. Selva (30 juin 1847).
[2] Extrait de la *Revue*, p. 62.
[3] M. Troplong, n° 2231. — Arr. des 19 décembre et 6 février.
[4] Extrait de la *Revue*, p. 59 à 61.

Digitized by Google

peut-on faire observer que, loin de servir aux intérêts matériels du donateur, ce respect de commande, cette reconnaissance de pure forme, cet hommage simplement viager, en lutte avec d'autres intérêts qui incessamment fermenteraient ou éclateraient même sous ses yeux, lui vaudraient précisément par ce défaut commun à toutes les exagérations, à tous les extrêmes qui se touchent, ce sort que lui aurait valu autrefois une démission révocable, et qui fut dépeint dans l'exposé des motifs [1]?

2. Est-ce d'ailleurs dans ce sens-là, et même dans des circonstances identiques à celle-ci, que nos graves devanciers ont entendu l'observance de ce devoir filial? Sans reproduire ici ce que nous avons déjà inféré de l'article 1114 du Code Napoléon et des lois romaines d'où il nous est venu (des lois romaines qui étaient allées pourtant si loin sur ce tribut de respect!), la véritable entente de ce devoir ne fût-elle pas énergiquement solennisée, au parlement de Rennes, dans cette affaire que d'Argentré nous a transmise, avec insistance [2], comme constatation de sa doctrine et des franches résolutions que supposait sa coutume dans un acte de cette espèce?

3. Et s'il est vrai, comme objection plus précise, qu'une action en garantie, par exemple, ne puisse en général être intentée par un donataire contre son donateur, n'est-il pas vrai aussi 1° que, par exception, nos articles 1440 et 1547 l'ont formellement admise; 2° que si cette exception est et doit être limitée au cas d'une donation en faveur de mariage, le donataire copartagé dont nous nous occupons peut précisément se rencontrer comme procédant, *ab initio*, d'une constitution de dot; 3° qu'il est même d'autres aspects sous lesquels un donataire a action contre son donateur, sans compter celui de fraude, par exemple *lorsqu'il en a été ainsi convenu* (ce qui, encore une fois, est un appel fait ici à la sagesse du notariat); par exemple encore lorsque la donation est, comme souvent il arrive, mêlée de clauses onéreuses [3]?

4. Enfin ce point de vue ne doit-il pas même être écarté d'ici, l'action qui est dans le nôtre se dirigeant, non contre *la donation*, mais contre *le partage*, non contre *le donateur*, mais contre *l'expert*, *l'arbitre*, *le juge*, mais contre *son œuvre*,

[1] Fenet, 12, 568.
[2] *Quin memini!...*
[3] Dall., *ub. supr.*, n°s 1704, 1706, 1709.

Digitized by Google

et d'ailleurs, pour ce qui est de la personne, ***uniquement contre un autre donataire?*** Au surplus, Boullenois n'avait-il pas excellemment dit, en expliquant que « si le donateur s'est, en « pareil cas, trompé dans le fait, il n'a pas voulu, dans le « droit, se tromper [1] ?

§ 3. — Troisième moyen.

1. Au lieu de l'autre dilatoire qui, du reste, et nous ne saurions trop le redire, nous semble avoir été toujours exprimé en termes trop généraux, mais qui aboutit à affirmer que, de la loi ou des autres dispositions laissées au décès peuvent surgir plus ou moins de ***remaniements*** dans les lots comme dans les droits établis au partage [2], est-il bien reconnu que, abrités d'ailleurs sous le principe d'unité et d'indivisibilité plus spécialement stipulé pour la démission irrévocable, nous ayons la pose de ce même principe dans les lois sur les successions en général, dont la démission, du reste, ne se dit être que ***l'exécution anticipée*** [3] ?

En tout cas il existe, à cet égard, un texte formel, de tout temps recommandé, qui défend de faire deux fois en famille le partage des mêmes biens, à moins d'***annulation*** d'un premier, par exemple pour cause de latitation [4]. De plus, ce même texte, ces mêmes anciens docteurs ***qui en ont fait application au cas où nous sommes,*** ont rejeté dans la succession ***ab intestat,*** sans relation aucune avec le partage préexistant, les biens qui n'y ont pas été compris [5].

2. Serait-ce qu'ils n'auraient pas eu pour motif, comme nous, le rapport à faire lors du décès? Mais si le droit écrit et le droit coutumier différaient en ce que l'un bornait ce rapport à la ligne directe descendante et en ce que l'autre l'admettait sans distinction, ils s'accordaient, par cela même, au cas de partage

[1] *Ub. supr.*, p. 62.

[2] V. notamment Sir.-Vill., 51, 1, 786. — Dall., Pér., 51, 1, 81. — V. même les arr. des 19 décembre et 6 février.

[3] D'Argentré, *loc. cit.* — Poth., *Orl.*, art. 17. — Furg., *loc. cit.*, n° 188. — Merlin, *Quest. de dr.*, v° *Démiss.*, § 6.

[4] L. 20, § 4, ff., *Famil. ercisc.* — Leg. 35, ib., *De pactis.* — Denys Godefroy, *ad not.* sur ladite l. 20, 84. — Boullen., quest. 3 et 11. — Furg., ch. 8, sect. 1, n° 149.

[5] *Ibid.*

Digitized by Google

entre enfants[1]. Bien plus, ils avaient, au cas de démission, celui à faire alors[2]. Seulement ils ne le faisaient pas deux fois!...

3. Quant à notre article 1077, *in fin.* (lui qui a été, comme tous ceux dont il fait partie, puisé dans l'ancien droit), n'a-t-il pas fait le même triage, ainsi que l'a d'ailleurs pensé M. Troplong[3]? Ne l'a-t-il même pas fait avec une intention encore plus accentuée, puisque la loi 20, ci-dessus indiquée en note, semblait, dans sa portée littérale, n'exclure que les choses *laissées* hors du partage, celles-là seules par conséquent qui existaient alors, et que, s'exprimant en termes plus amples, il parle, lui, de celles qui *n'y auront pas été comprises*, réléguant ainsi pareillement celles advenues sous un titre quelconque depuis le partage?

4. Quel a été, du reste, le but de cet acte? N'a-t-il pas été de faire autre chose que des avancements d'hoirie distincts ou même diparates entre eux, d'harmoniser ensemble les personnes et les biens, de fixer l'avenir? Or dès l'instant où l'on a laissé à part l'un de ces biens, ainsi que toute expectative pour ceux éventuels, n'a-t-il pas été prouvé, par cela seul, qu'ils étaient en dehors de ce but, l'un rejeté ainsi par la volonté du disposant, les autres par la volonté de la loi qui exclut de cet acte ceux non présents? Et, s'ils en sont hors, pourquoi cherche-t-on, en les liant aux autres, à les traiter comme s'ils y étaient entrés même intentionnellement?

C'est ainsi que, comme M. le rapporteur, nous sommes conduits à penser qu'un dernier moyen, sur quatre, reste seul à examiner.

[1] *L. ult., cod.*, commun., utriusq. judic. — Montvallon, *Success.*, t. I, p. 44 et 45. — Lapeyrère, v° *Rapport.* — Bourgon, *Success.*, liv. III, chap. 6, sect. 1, n° 20.

[2] Furg., chap. 2, sect. 1, n° 39. — Boullen., quest. 8. — Poth., *App. sur Orl.*, § 1, n° 6.

[3] N° 964.

Digitized by Google

2e QUESTION.

Par lui seul, en effet, ce dernier moyen ne suffirait-il pas pour être bien onéreux? D'un autre côté, le seul motif qu'on puisse supposer, la considération sur laquelle il se fonde sont-ils assez décisifs? Au total, n'est-ce pas même contraire à l'économie générale du droit en cette partie?

§ 1. — Onéreux.

1. D'abord en quoi avons-nous dit qu'il consistait, ce moyen? A prescrire un rapport *fictif* à la succession, seulement pour *calculer* la quotité disponible.

« Cette fiction, ajoute l'arrêt, laisse subsister le partage; elle « ne porte *aucune* atteinte à son irrévocabilité. » En d'autres termes, cette décision, ajouterons-nous nous-même, doit avoir sa limite là où fut celle de l'arrêt solennel du 8 juillet 1826 [1], où il fut nettement déclaré que cette quotité ainsi fixée ne pouvait se réaliser que « sur les biens possédés par le testateur « lors de son décès, SANS RIEN RETRANCHER DES LIBÉRALITÉS PRÉCÉ- « DENTES. » Or jusque-là, certes, nous échappons aux dangers plus graves dont nous étions menacés par les solutions jusqu'ici données : à ces dangers que M. Troplong avait vus aussi, et qui étaient de *renverser, en les remaniant,* les opérations déjà faites [2].

Mais si, la plupart du temps, ce reliquat est peu de chose, si ce calcul ne dérange rien dans ce qui est déjà partagé, ce même reliquat reviendra-t-il, du moins à chacun, dans les proportions où il eût été sans ce calcul? Non, car, apprécié dans son addition avec les autres valeurs, la résultante sera son absorption plus ou moins complète, à titre de quotité disponible. Et puis, si cela ne retranche rien des autres, cela ne leur porte-t-il *aucune* atteinte, alors que l'effet suspensif est là jusqu'au jour incertain du décès, alors qu'on ne peut ni vendre ni mettre en gage? car cet ajournement est bien ce qui s'ensuit. D'abord c'est ce qui résulte virtuellement des paroles du rapport ci-dessus reproduites. Puis dans ce même document nous lisons : « En jugeant..... que la prescription de dix ans ne commence à « courir contre les actions en rescision ou en réduction..... que « du jour du décès.... , la chambre civile a par cela même jugé « que la succession de l'ascendant comprend tout à la fois les

[1] Sir.-Vill., *Coll. nouv.*, 8, 1, 383 (aff. Saint-Arroman).
[2] N° 964.

Digitized by Google

« biens par lui partagés et ceux qu'il a pu acquérir depuis ; que « par conséquent les premiers doivent être fictivement réunis « aux derniers, etc..... Entre ces deux questions il existe une « corrélation étroite, un rapport nécessaire. Les mêmes prin- « cipes déterminent la solution de l'une et de l'autre. » Or cette même *relation étroite*, ce même *rapport nécessaire*, cette *identité de principe*, nous disent, à l'inverse, que la nécessité du rapport fictif, lors de l'ouverture de la succession, *détermine* jusqu'alors la suspension de la prescription, et que jusqu'alors, l'action restant toujours à craindre, nul ne peut se dire définitivement propriétaire. Or encore, n'est-ce point là une grave *atteinte* au partage? Autrement dit, le système de l'arrêt ne lui est-il pas très-onéreux?

2. Si nous ne voulions nous borner ici à ce seul aspect de la question, nous pourrions mettre en parallèle les moyens que la loi indique avec celui qu'indique l'arrêt. Au lieu de ces réserves ostensiblement et franchement faites, dont l'exemple nous est donné par les articles 946 et 1086, même en contrat de mariage; au lieu d'un autre exemple à prendre dans cette opération radicale et à nouveau, non moins franchement proposée par l'article 1078 pour le cas où l'un des enfants a été omis ou est survenu, que fait-on pour ces biens survenus ou omis? Ce testament que l'on ménage n'est-il pas, le plus souvent, de nature occulte? Quelquefois, il est vrai, fort juste, n'est-il pas, le plus souvent encore, arraché à la débilité de l'âge et, en tout cas, à une justice qui, vu les dispositions antérieures, est attardée, comparativement moins réfléchie, moins débattue en famille, moins assortie des faveurs de l'opinion publique? Ces façons d'agir cachées sont-elles toujours bien dignes chez le père de famille? Sont-elles prudentes? Mais ne parlons que de leurs effets sur les enfants. Alors que naguère les trois moyens qui précèdent rendaient au manoir, comme nous l'avons dit, le terrain tout tremblant sous leurs pas; alors que de ces secousses les vibrations se ressentent encore; qu'à l'incertitude entretenue par l'arrêt actuel lui-même se joignent les perspectives de mécomptes possibles; alors, en un mot, qu'ils sont aussi affolés de terreurs qu'ils le sont de ce que nous avons appelé leur fièvre de maîtrise, n'est-ce pas, en surcroît, un objet permanent de méfiance et de désunion que l'on fait se glisser là-dessous? Un testament possible!..... *Latet anguis in herbâ!*

Digitized by Google

§ 2. — Motif.

1. Le seul motif qui puisse être supposé en vue de celui ou de ceux pour qui cette disponibilité est ainsi réservée, c'est l'émolument, c'est la récompense qu'ils y trouveront. Or, qui ne peut, du premier aperçu, mesurer la comparaison entre l'importance réelle ou probable d'un pareil but et les maux de toute sorte à traverser pour cela?

Mais voyons de plus près. Quel est, encore une fois, le moyen? — Celui d'un calcul à faire. — Sur quoi? — Sur un rapport qui sera opéré. — Quel rapport? S'il est réel, *s'il doit retrancher quelque chose des libéralités précédentes*, nous le concevons : chacun de ceux en faveur de qui pourra écheoir une parcelle de ce retranchement, est en droit de trouver toutes choses aux mains du détenteur, celui-ci devant tout rapporter en nature ou en moins prenant (art. 858). — Mais non, ce ne sera qu'un rapport *fictif*. « Il ne reprendra rien aux détenteurs « quelconques! Il laissera subsister *en entier* le partage! Il « n'aura effet *que sur les choses non partagées!* [1] » — A ce point, nous ne comprenons plus. Quels que soient les détenteurs, est-ce que, pour être simplement matière à calcul, les immeubles primitivement donnés, partagés, ne resteront pas toujours à leur place? Et que leurs améliorations ou leurs détériorations proviennent des tiers ou des donataires eux-mêmes, est-ce que, pour l'expertise à faire, il s'ensuivra la moindre différence? — L'argent, les autres meubles? — Est-ce que les actes ne suffiront pas à tout?

Pour un pareil but à quoi sert donc un pareil moyen?

Mais le but lui-même? Que deviendra le plus souvent, pour celui ou ceux qui en seront l'objet, ce *calcul* tant et à si cher prix réservé? L'un des copartagés ne peut-il pas, en effet, avoir été investi d'avance, par contrat de mariage, d'un préciput qui s'étendra aussi *sur les biens à venir?* Par contrat de mariage encore *une promesse d'égalité* pour tous ne peut-elle pas avoir été faite [2]? D'un autre côté ne peut-il pas y avoir, dans l'acte de partage, quelque clause explicite qui rejette, d'avance encore,

[1] Rev. le dernier arrêt.

[2] V. Sir.-Gilb., *loc. cit.*, note 2, sur le présent arrêt. — M. Troplong, n° 2314.

Digitized by Google

cette réunion fictive, et qui dès lors détermine pareillement ce rejet devant la Cour de cassation elle-même [1]?

Donc tant de contrariétés, tant de malaise, souvent pour fort peu, souvent encore pour rien!.....

§ 3. — Considération.

Quant aux pères de famille en général, ce sera, disent le rapport et l'arrêt, un moyen de vaincre la répugnance toute naturelle qu'ils pourraient avoir à se dessaisir ainsi (car, ajoutent-ils, ces sortes d'actes sont fort souhaitables); et ce sera aussi une garantie pour leur dignité domestique, pour leurs intérêts matériels.

La faveur due à ces sortes d'actes! Les auteurs de la loi et une ancienne expérience l'avaient également proclamée, et nous disons assez si nous y sommes sympathiques.

La dignité, les intérêts des père et mère! Nous venons de dire les dangers possibles qui, au contraire, peuvent en effet surgir contre eux de cette même précaution : le délaissement!.....

Mais, à part cette balance à faire, est-ce donc que de nos jours, comme autrefois en Bretagne, l'ascendant ne peut, usant avec l'ampleur qui lui plaît des réserves à lui concédées par l'article 1077, en faire assez pour aboutir aux mêmes vues? Ne peut-il pas surtout, ainsi que nous l'avons dit, y aboutir plus franchement, la loi et le contrat en main? Est-ce des *inductions* qu'il lui faut? Inductions toujours bien hautement respectables sans doute, mais laborieusement issues d'une bien longue lutte, par conséquent de convictions divergentes qui ne nous sont données qu'après cinquante-sept ans depuis l'émission du Code [2]?.....

Et puisque telle est la pensée la plus intime de l'arrêt, disons celle non moins intime, mais tout opposée, des fondateurs. D'Argentré et les autres jurisconsultes de son pays supposaient-ils seulement le besoin d'une semblable ressource chez le père de famille, lorsque par son organe ils écrivaient ces énergiques paroles qu'il nous faut bien répéter ici? *Arbitrii libertatam tuemur nos, non inconstantiam et instabilitatem mentis.....* Nisi

[1] Dall., Pér., 36, 1, 299; 43, 1, 35; 57, 1, 116 et 185.

[2] Si en effet, depuis quelque temps, l'idée actuelle a paru dans *les motifs* des arrêts, c'est pour la première fois, aujourd'hui, qu'elle est érigée dans *un dispositif*.

Digitized by Google

LONGÈ ANTE MEDITATI, ET BENÈ INTROSPECTIS DIMISSARIORUM MORIBUS, *donantibus Nemesis et præstò pœnitentia* [1]. Et Lebrun, s'il eût pu avoir en vue cette petite revanche à prendre par les donateurs, ces sortes de gratifications arriérées en faveur de nouveaux préférés, aurait-il eu lieu de faire ce parallèle célèbre entre les pays d'irrévocabilité et ceux de révocabilité? « L'usage de « Bretagne fait plus d'honneur à l'homme, mais celui des autres « parlements rend plus de justice à l'humanité [2]? »

§ 4. — Économie générale du droit.

1. « Avant tout, dit M. le rapporteur (ce que l'arrêt répète « en d'autres termes), il y a une donation; et cette double cir- « constance qu'elle est faite simultanément à tous et accompa- « gnée d'un partage ne saurait en modifier le caractère et les « effets. — Cela est si vrai que l'action en réduction est ouverte « contre *le partage* aussi bien qu'elle l'est contre *la donation* « *ordinaire*. »

D'abord est-ce bien comme cela que l'ont entendu les fondateurs et, après eux, l'un des plus sûrs organes de notre Code?

Ainsi, nous traçant d'un seul trait la différence qu'il n'a manqué de voir entre les simples avancements individuels d'hoirie et les donations partagées entre tous, Boullenois a dit : « Les « uns ne sont que des *à-compte*, les autres sont *un abandon-* « *nement plein, complet, entier* [3]. »

Ainsi le donataire copartagé venant à perdre par cas fortuit la chose à lui livrée, cette perte est-elle pour lui seul, ou n'est-elle pas, comme dans la donation simple, à la charge proportionnelle de tous [4]? Boullenois examinant cette question et la résolvant en conséquence de la distinction qui précède, contre le donataire co-partagé [5], est survenu Merlin [6]; et s'appropriant la solution de son devancier, mais l'exprimant avec une concision analytique plus vigoureuse, il a dit pour raison : « Dans un « cas il y a un partage *à faire*, dans l'autre un partage *fait*. »

2. Et puis est-ce donc que le partage, entre communistes

[1] V. Extrait de la *Revue*, p. 32.
[2] *Succ.*, liv. I, chap. 1, sect. 5, n° 17.
[3] P. 25.
[4] V., quant au Code, l'art. 855.
[5] P. 171 et suiv.
[6] *Quest. de dr.*, v° *Démiss.*, § 6.

Digitized by Google

quelconques, ne présente à l'esprit qu'une idée de formalité vaine, de surérogation, lui que l'article 815 nous montre à la hauteur d'une affaire d'ordre public, lorsqu'il prohibe l'indivision absolue?

3. Est-ce que, sans le concours du partage, la donation pourrait conférer à chacun la faculté de vendre ou d'engager son droit, seul et comme il l'entendrait? Et si l'on objecte que le simple donataire en avancement d'hoirie peut, tout seul, aliéner *l'immeuble* qu'il a reçu [1], ne faut-il pas répondre 1° que cet article est traité comme une exception unique, d'ailleurs deux fois restreinte par les articles 860 et 865; 2° *qu'il ne procède pas du principe de donation*, mais seulement de quelques considérations étrangères à notre sujet [2]?

4. Puis, dans cette *garantie réciproque*, dont nul aujourd'hui ne conteste l'application aux donataires copartagés [3], n'y a-t-il donc pas quelque chose qui se révèle comme opérant une différence? Si entre copartagés elle est naturelle, saisissante, est-ce que, entre donataires par avancement d'hoirie, distincts les uns des autres, elle ne serait pas un non-sens?

5. Puis enfin, pouvons-nous oublier toute une section du Code, intitulée : *Des effets du partage*, notamment l'article qui porte que « chaque héritier est censé avoir succédé seul et im-« médiatement à tous les objets compris dans son lot..... et « n'avoir jamais eu la propriété des autres [4]? » Et dès l'instant où, d'après un principe très-justement posé, très-fréquemment appliqué par la Cour suprême, on doit, dans les partages de présuccession, suivre les règles tracées pour les partages ordinaires [5], comment un lot fixé dans un de ces actes aurait-il (hormis le cas d'annulation) quelque chose de commun avec les autres lots? Comment y aurait-il entre eux une raison d'attraction, même pour le rapport qui n'est que fictif? Comment, en d'autres termes et pour remonter au principe de différence ici dénié, ne pas reconnaître que le partage ajoute à la donation « un caractère et des effets essentiels? »

6. « Mais, est-il dit encore, c'est contre *le partage* aussi bien

[1] Argum. de l'art. 859.
[2] M. Demolombe, *Success.*, n° 512.
[3] M. Troplong, *ut supr.*, n° 2307.
[4] Art. 883.
[5] Sir.-Gilb., 60, 1, 64 et toute la série précédente.

Digitized by Google

« que contre *la donation* qu'est ouverte l'action en réduction. » — Sans doute, c'est l'article 1079 qui le suppose ainsi, qui le suppose encore pour celle en rescision. C'est même précisément, nommément, contre *le partage* que l'article 1078 dirige celle en nullité. Il eût été même illogique de leur désigner *la donation* comme vrai point attaquable, puisque, dans le cas de ce dernier article, c'est bien moins son absence que celle du partage qui fait grief, et que, dans les prévisions de l'article 1079, ce sont les parts, non l'investiture en commun, qui font que l'un a plus, que l'autre a moins. D'un autre côté, est-ce donc qu'il s'agit ici de nullité, de réduction, de rescision? N'est-il pas, au contraire, entendu que toutes choses restent ici en l'état, *qu'on ne retranche rien de ce qui est passé dans le partage*, qu'on ne s'occupe, quant à ce, que d'un calcul purement intellectuel? Dès lors quelle afférence y a-t-il ici pour les articles 1078, 1079, même pour l'argument qui en est ainsi extrait? *De casu ad casum!*.....

§ 5. — Objection principale.

1. Après avoir invoqué comme raisons finales celles que nous venons d'examiner, le rapport et l'arrêt signalent comme raison de procédure, ainsi que l'a appelée M. Coin-Delisle[1], l'article 922 auquel, à leur tour, sont rivés, par l'article 1076, tous les autres concernant les donations qui viennent en contact avec les successions.

Nous ne répéterons pas ici ce que nous avons déjà dit ailleurs[2] sur cet article 1076, ramenant au centre de cet article 922 une généralité indéterminée de dispositions éparses; ce que nous avons dit sur celui-ci considéré en lui-même, sur sa parfaite sagesse en ne le faisant mouvoir que dans sa sphère, sur les chocs qu'il produit en l'appliquant aux donations suivies de partages[3]. Mais nous ne pouvons omettre quelques observations nouvelles à l'appui, et d'abord une qui ne peut qu'augmenter notre circonspection sur les termes si compréhensifs, partant si faillibles, de l'article 1076.

Tout contribua à faire de ce texte, comme de quelques autres dans notre Code pourtant si admirable, une source d'inexacti-

[1] N° 24.
[2] Extr. de la *Revue*, p. 15 et suiv.
[3] *Ib.*, p. 54 et suiv.

Digitized by Google

tudes. D'abord sur l'ensemble, le premier Consul avait demandé, comme on le sait, que l'entier travail (l'entier Code civil) fût achevé *le plus promptement possible;* et ce fut en effet dans le cours *d'une seule année* qu'il fut répondu à cet appel [1]. Mais aussi apprenons-nous de la commission du Tribunat ce que devait pareillement dire le Conseil d'État pour son propre compte : « Le regret de n'avoir eu assez de temps pour présenter *des ré-* « *dactions qui fussent assez soignées* [2]. » Puis en vue de quoi, principalement, cette généralité si extensible, et à la fois cette triple précision de spécialités quant aux *formes*, aux *conditions*, aux *règles* des donations entre-vifs? En vue de l'ancienne démission *révocable*, que l'on voulait littéralement abolir [3], ces mêmes généralités et ces mêmes précisions ne paraissant pas sans doute suffire; et cela au milieu d'une discussion des plus longues, des plus laborieuses [4], en face d'une autre difficulté inopinément surgie, fort délicate et répandant par elle seule beaucoup de préoccupation [5]. Puis sur la substitution d'un mot à un autre, proposée par le Tribunat, et toujours au sujet de cette même démission révocable à exclure, en toutes lettres [6], expédient pris en n'en parlant plus dans la rédaction définitive [7], en se bornant pour cela à l'effet virtuel du surplus intégralement conservé dans le texte [8]; mais aussi, peut-être, en appliquant trop uniquement à la suppression de cet ancien usage une attention qui aurait eu besoin de ne pas laisser trop dire pour certains détails, tout en disant assez pour celui-là!.....

2. Ce qui du reste, avant de reprendre cet examen à fond, permet aussi de croire à la possibilité d'une inexactitude dans cet article 1076, ce sont d'autres produits des soins insuffisants, avoués, comme nous venons de le voir, par la commission du Tribunat. Ainsi cet article 922 lui-même. Dans la complexité pourtant moins étendue qu'il s'est donnée, il a fait entrer ce que, dans celui immédiatement contigu, on n'avait manqué

[1] Fenet, *Précis hist.*, 1, 63.
[2] *Id.*, 12, 468.
[3] *Sic*, dans les trois projets successifs, jusques et y compris l'adoption qu'en avait faite le Conseil d'État (*id.*, 1, 389; 2, 297; 12. 409, 568).
[4] Séance du 27 ventôse an XI; Fenet, 12, 383 à 439.
[5] *Ib.*, 401 à 412.
[6] *Ib.*, 12, 466.
[7] *Ib.*, 12, 503.
[8] *Ib.*, 12, 617.

Digitized by Google

d'exclure. Par l'article 921, en effet, il a été dit que *les créanciers* du défunt ne pouvaient demander réduction des donations antérieures ni en profiter; » et il a déclaré, lui, que la *déduction des dettes* se ferait sur la masse des biens, sur ceux, en un mot, *dont il a été disposé par donations entre-vifs*, puisque c'est à cette masse qu'il fait fictivement rapporter les donations. Aussi a-t-il été reconnu par l'unanimité des auteurs que c'était là un vice de rédaction [1].

Autre exemple, et maintenant au bénéfice de ce même article 922. En termes assez absolus, l'article 857 ne semblait-il pas lui disputer tout rapport à la masse en faveur des légataires quelconques de la quotité disponible? Combien là-dessus de procès, et combien d'années durant! Cependant vint un jour où, au moyen d'une distinction, le rapport *fictif* fut admis, et où, à ce point de vue, l'article 922 prévalut [2].

Autre exemple encore, et plus célèbre peut-être. Par sa généralité aussi et par sa teneur littérale, l'article 959, en collision avec l'article 953, semblait rejeter, dans les séparations de corps, la révocation pour ingratitude. Sur quoi pareillement longs et nombreux débats, et même, comme l'a dit M. Troplong [3], *de trop nombreux arrêts aussi!* Cinq étaient émanés de la Cour suprême, décidant que l'article 959 n'admettait pas en effet la révocation, qu'il ne distinguait pas, qu'il était absolu..... A quoi, comme ici, quelques-uns d'ajouter : « La loi est mau-« vaise! Mais que voulez-vous faire? Faites changer la loi! [4] » Sur quoi aussi, après une longue résistance des Cours royales, autre arrêt suprême, mais dernier [5], qui fit prédominer l'art. 953 comme étant de droit commun et ayant aussi sa raison d'être dans les séparations de corps; qui fit ainsi justice de ce que M. Troplong appelle *l'écorce des mots, le matérialisme littéral, le malheureux formalisme, l'oubli des choses* [6].

3. Connu ainsi qu'une insuffisance de rédaction est déjà rendue probable ici par ses circonstances historiques, et la faillibilité humaine s'étant d'ailleurs accusée dans d'autres

[1] Dev.-Gilb., *Tab. gén.*, v^is *Quot. disp.*, n° 125.
[2] Sir.-Vill., *Coll. nouv.*, ub. supr., 8, 1, 383.
[3] N°s 1348 à 1358.
[4] Chez nous, en effet, c'est à peu près la seule objection.
[5] 23 mai 1845; Sir.-Vill., 45, 1, 321.
[6] M. Troplong, *ib.*

Digitized by Google

textes provenus des mêmes circonstances, reste à savoir en quoi on peut connaître de même et s'autoriser à dire qu'une inexactitude est réellement là? « On le connaît, dit M. Trop-« long, lorsque l'énoncé littéral heurte la nature des choses [1]. » « On le connaît, dit encore mieux une loi romaine, lorsque « d'une part il y a un vice, lorsque de l'autre il n'y en a pas, et « que surtout on peut, de ce conflit, faire sortir la volonté de la « loi [2]. » Ce qui revient au précepte d'un autre document, qui aussi est la raison écrite : « On doit, dans l'application d'une « loi obscure, préférer le sens le plus naturel et celui qui est le « moins défectueux dans l'exécution [3].

Or, 1° la lettre de l'article 1076 est obscure. Sans doute, à ne rien distinguer, il peut paraître que ses *formalités*, ses *conditions*, ses *règles* s'appliquent au *partage* et l'envoient ainsi sous les *remaniements fictifs* de l'article 922. Mais nous l'avons déjà fait observer : il y a, dans tous les actes dont nous nous occupons ici, deux éléments (*la donation*, ensuite *le partage*). Hé bien, est-ce au partage ou à la donation que nous amènent, par la voie grammaticale, par la pente naturelle des mots, *les formalités, les conditions, les règles?* C'est à *la donation!* Et ce n'est que par un retour, en remontant, que nous serions ramenés au *partage!* D'où il suit, ce nous semble, que le sens littéral peut très-bien être celui-ci : pour ce qui précède le partage, un dessaisissement d'abord et une investiture par donation, telles que sont formalisées, conditionnées, réglées déjà les donations entre-vifs; telle, par exemple, que nous n'ayons plus à craindre de ces démissions révocables ou d'autres instabilités de cette espèce. Mais, quant au partage qui surviendra immédiatement après ce dessaisissement, cette investiture ainsi organisée, nul besoin de s'en expliquer. C'est connu; ce sera désormais comme autrefois; il n'en est pas comme pour la démission. Donc ceci sous entendu : les règles propres à tous les partages, l'immutabilité, sauf nullité de forme, sauf lésion et sans se mêler à ce qui gouverne seulement la donation.

2° D'ailleurs, ET C'EN EST ASSEZ, cet article, pris comme on veut le prendre, « heurte la nature des choses, » autrement dit l'ordre établi pour elles. Il y a « un vice. » Tandis que, goûté

[1] *Loc. cit.*, 1348 à 1358

[2] Arg. de la loi 19 ff., *De leg.*

[3] Art. 5, tit. 5, du projet de livre prélim. du Code civil (Fenet, 2, 7).

Digitized by Google

dans notre sens, il n'y en a pas, et que même « la volonté de la « loi » en sort radieuse, naturelle, conforme à son principe.

Il *heurte*, disons-nous, l'ordre établi en vue de cette institution législative. En cela est son *vice*. Par la longue incertitude qu'il impose, en effet; par la violation d'équilibre qu'il jette temporairement entre les charges et le bénéfice; par l'inconnue dont il couvre les bases futures de son règlement définitif quant aux évaluations; par le découragement qui détourne de toute amélioration dans la culture; par la difficulté grande, sinon par l'impossibilité de vendre; par l'impossibilité, ici très-certaine (art. 865), de souscrire toute hypothèque, toute autre *charge*, enfin de posséder au moins par là un crédit qu'on n'a peut-être point par ailleurs; par l'incessante désunion qui naît de tous ces maux, non-seulement entre les copartagés, mais encore entre quelques-uns de ceux-ci et le donateur commun; par l'obstacle (puisqu'il faut tout dire) que fait l'existence de ce donateur commun à des négociations, à des entreprises auxquelles, n'eût été cette apparence d'un état nouveau, on n'eût peut-être pas songé encore, ces sortes d'actes, nous l'avons publié, nous le publions encore, SONT DEVENUS IMPRATICABLES!.....

Tandis que, par contre, le sens auquel nous nous attachons nous conduit clairement à cet ordre de choses qui est la loi même, qui est spécialement ici LA PAIX AVEC SES FRUITS DANS LA FIXITÉ.

Mais, disent quelques-uns, tous ces aperçus, d'ailleurs théoriquement bons à suivre, ne sont que matière à législation nouvelle ou complétée. Sur quoi notre unique réponse est et sera dans les discussions au Conseil d'État, dans l'exposé des motifs aux deux corps délibérants de l'époque, dans tous les livres anciens et nouveaux qui ont traité ce sujet. En d'autres termes c'est *ce qu'a voulu*, c'est *ce que pense avoir fait* la loi actuellement régnante.

Et, à ce point, qu'y a-t-il? Il y a ce haut enseignement d'un de ceux-là même qui connurent le plus les difficiles épreuves de la confection du Code : « Quand la lettre tue, étudiez l'esprit. « Ne vous exposez pas à désobéir *par esprit de servitude*[1]. »

Enfin, est-ce un texte formel qu'il faut opposer en face de

[1] Portalis, *Disc. prélim.* — Fenet, 1, 476.

Digitized by Google

l'article 1076? Nous l'avons déjà vu : c'est l'article 883, c'est la disjonction absolue, la transmutation irrévocable aussi entre les biens partagés eux-mêmes, à plus forte raison entre ces biens-là et ceux non partagés.

A cet autre point qu'y a-t-il encore? Il y a ce que deux lois romaines avaient pris soin de bien réserver [1], et qui, plus tard, a été si bien condensé en ces mots : « POINT DE DROIT CONTRE LE « DROIT! » Et pour qui hésite entre les deux, en leur supposant même clarté, il y a en définitive 1° la préférence due au sens *le moins défectueux*, alors surtout qu'il en jaillit la volonté de la loi [2]; 2° cet autre précepte du livre préliminaire : « L'appli- « cation de chaque loi doit se faire à l'ordre des choses sur les- « quelles elle statue. Les objets qui sont d'un ordre différent ne « peuvent être décidés par les mêmes lois [3]. » Or *la donation* a ses règles, *le partage* a les siennes.

Par où, si du moins ce n'est pas précisément nous qui cédons ici à une longue série d'erreurs, nous aboutissons, d'abord, au sentiment implicite du rapport qui précéda l'arrêt du 13 février : nous doutons respectueusement des trois premiers moyens que ce rapport suppose écartés. Nous doutons de même du dernier, et nous pensons que, *sauf les précisions ou distinctions par nous-même faites*, IL N'EST POINT DE RAISON JURIDIQUE POUR RECULER JUSQU'AU DÉCÈS DE L'ASCENDANT LE POINT DE DÉPART DE LA PRESCRIPTION.

DUBERNET DE BOSCQ.

L'Académie des sciences morales et politiques, dans sa séance du 18 mai, sur le rapport de sa section de morale, relatif au concours dont le sujet était l'autorité paternelle, a décerné le prix à M. Paul Bernard, docteur en droit, procureur impérial à Doullens (Somme), auteur du mémoire inscrit sous le n° 2 du concours, ayant pour épigraphe : *La tâche de nos pères a été de conquérir le droit; la nôtre doit être d'enseigner et de propager le devoir*. (Jules SIMON.)

[1] LL. 14 et 15, ff., *De leg.*
[2] *Ut supr.*
[3] Fenet, 2, 7, art. 4.

Digitized by Google

PARTIE ÉTRANGÈRE.

ÉTABLISSEMENT D'UNE COUR DE CASSATION

DANS LES PRINCIPAUTÉS-UNIES DE VALACHIE ET DE MOLDAVIE.

On l'a dit souvent, et avec raison, les plus belles conquêtes de la France ne sont pas dues à ses armées, mais à ses idées et à ses lois. Les principes fondamentaux de notre Révolution étendent chaque jour leur empire, et la législation qui les formule nous est successivement empruntée même par les gouvernements les moins favorables au progrès. Les peuples qui débutent dans la carrière de la civilisation moderne, étant presque tous gouvernés par des princes dont l'instruction s'est faite en France, leurs lois se modèlent naturellement sur les nôtres. C'est ce qui se passe surtout dans les Principautés-Unies. Là le prince, les hommes d'État, les Chambres ont compris toute l'importance de l'uniformité de la jurisprudence et du contrôle légal des corps judiciaires; ils se sont donc empressés d'adopter notre belle institution de la Cour de cassation. La loi récemment sortie de leurs délibérations, et dont les bases avaient été posées dans la convention de Paris du 19 août 1858, articles 38, 39, 40 et 41, est calquée sur les règlements législatifs français; elle ne s'en éloigne que sur quelques points que nous allons signaler, et dans quelques dispositions exigées par les institutions ou les habitudes nationales.

La Cour suprême de France siége à Paris; c'est une conséquence forcée de la centralisation du gouvernement. Dans les Principautés telles que la convention de Paris les a constituées, on l'a reléguée dans la petite ville de Fokchani, sur la frontière de la Valachie et de la Moldavie, où se trouve aussi la commission centrale, sorte de conseil d'État qui élabore les lois destinées à régir en commun les deux Principautés. Ce système n'était pas bon, mais pouvait paraître logique lorsque, suivant le plan primitif, il devait y avoir deux princes, deux gouvernements distincts. Depuis la double élection du prince Couza,

Digitized by Google

on ne comprend plus deux capitales, deux chambres, deux ministères. Il faut une capitale unique où fonctionnent les grands corps de l'État; la demi-union d'aujourd'hui est une complication dont l'expérience a fait reconnaître les vices.

Aussi doit-on croire que, dans un avenir prochain, la Porte et les grandes puissances réaliseront le vœu et le besoin des populations danubiennes en leur accordant l'union complète.

En attendant que la Cour de cassation roumaine siége à Bukarest, il est intéressant de connaître sa constitution. La loi qui l'établit est divisée en trois parties embrassant l'organisation de la Cour, sa compétence et sa procédure. Tous les tribunaux et Cours sont soumis à sa juridiction, même les tribunaux ecclésiastiques, qui *aujourd'hui exercent de fait* quelques attributions en matière de mariage; les expressions mêmes de la loi indiquent assez l'intention de ne pas conserver la juridiction ecclésiastique sur des affaires entre laïques. Comme la nôtre, la Cour de Fokchani est divisée en trois sections, et compte un premier président et trois présidents; ses membres, nommés par le prince, sont inamovibles. Le législateur roumain a conservé, sous le nom de *section des réclamations*, la chambre des requêtes. Peut-être n'aurait-il pas dû pousser jusque-là l'esprit d'imitation. L'expérience a prouvé, en France, que la chambre des requêtes ne se renferme pas dans la pensée de son institution : loin de se borner à une inspection sommaire destinée à repousser immédiatement les demandes dénuées de tout fondement, elle entre dans un examen sérieux, elle agit comme une vraie chambre civile, entend des rapports savants, des plaidoiries qui ne doivent pas être contradictoires, mais qui le deviennent par les mémoires produits; le tout sans autre résultat réel que d'établir un préjugé défavorable à l'arrêt attaqué, d'augmenter les frais et d'apporter un long retard à la décision définitive. Ces critiques peuvent devenir sans objet si les juges de la Roumanie maintiennent, mieux qu'on ne l'a fait ici, leur section des réclamations dans le cercle légitime de sa compétence.

La Cour de cassation de Fokchani a des attributions politiques; elle siége comme haute Cour de justice, et alors elle juge directement les accusations dirigées contre les ministres et les autres hauts fonctionnaires; chez nous, on le sait, la haute Cour de justice est un tribunal spécial, constitué éventuelle-

Digitized by Google

ment, et dont les membres sont tirés, pour la plus grande partie, de la Cour de cassation. Elle a le droit de censure et de discipline sur les Cours et tribunaux; et, quant à ses propres membres, son droit va jusqu'à la juridiction exclusive en matière pénale. Elle jugera les pourvois contre les sentences définitives des arbitres quand ils statuent comme juges en matière commerciale, contre les sentences touchant les réclamations suggérées pour cause d'expropriation, contre les sentences qui admettent ou rejettent illégalement les inscriptions sur les listes électorales. Elle prononcera sur les conflits d'attributions élevés entre l'autorité judiciaire et l'autorité exécutive, disposition qui tranche une question très-difficile dans un sens favorable au pouvoir judiciaire, tandis qu'en France c'est le Conseil d'État, représentant du pouvoir exécutif, qui juge les conflits.

Afin de ne pas arrêter le lecteur par des observations que le texte de la loi ne manquera pas de lui suggérer, je me bornerai à faire remarquer que la loi ne crée point, auprès de la Cour, un collége spécial d'avocats, et que les conséquences de la cassation sont réglées par le système qui consiste à rendre l'arrêt d'une seconde cassation obligatoire pour le tribunal de renvoi, et à faire demander le plus tôt possible, à l'Assemblée législative, l'interprétation officielle de la loi. A. GRÜN.

ALEXANDRE-JEAN, par la grâce de Dieu et la volonté nationale, souverain des Principautés-Unies de Roumanie et de Moldavie,

A tous présents et à venir salut;

La commission centrale a projeté;

Les chambres électives de Bukarest et de Jassy ont voté avec les mêmes amendements;

La commission centrale a adopté, conformément à l'article 36 de la convention du 7/19 août 1858;

Nous, sur la base du rapport des présidents de nos conseils de ministres des Principautés-Unies;

En vertu de l'article 14 de la convention;

Avons sanctionné et sanctionnons, et nous promulguons ce qui suit :

Digitized by Google

LOI pour la formation de la Cour de cassation et de justice.

TITRE Ier.

CHAPITRE Ier. — Organisation de la Cour de cassation.

Article 1er. Une haute Cour de cassation et de justice est créée pour tout l'État des Principautés-Unies de Moldavie et de Roumanie.

Art. 2. Tous les tribunaux et Cours d'appel de l'État des Principautés-Uniès sont soumis à la juridiction de la Cour de cassation.

Les tribunaux ecclésiastiques, lesquels aujourd'hui exercent de fait quelques attributions en matière de mariage, sont pareillement soumis à la juridiction de la Cour de cassation.

Pareillement sont soumis à la juridiction de la Cour de cassation, les tribunaux militaires, dans les cas et d'après le mode prévus par l'article 36.

Art. 3. La Cour de cassation est divisée en trois sections et se compose : d'un premier président, de 3 présidents de section et de 21 membres; en tout 25 membres.

Art. 4. Les sections prennent la dénomination de : la première, section des réclamations; la deuxième, section civile, et la troisième, section criminelle. Elles sont formées par la voie du sort.

Au commencement de chaque année, qui correspondra à la réouverture des séances après les grandes vacances, elles sont renouvelées en partie par le changement de 4 membres de chaque section, qui par la voie des tirages au sort passent dans une autre section.

Chaque section se compose de 7 membres et d'un président.

Art. 5. La première section, *des réclamations*, prononce sur l'admission ou le rejet de toutes les demandes adressées à la Cour de cassation.

La deuxième section, *civile*, prononce définitivement sur toutes les demandes en cassation, après que les réclamations ont été reçues à la première section.

La troisième section, *criminelle*, prononce sur les demandes

Digitized by Google

en cassation en matières criminelle, correctionnelle et de simple police.

Le conflit d'attribution (de compétence) est jugé par les sections unies.

Art. 6. Les présidents de section sont tirés au sort, de même que les juges, pour déterminer la section qu'ils sont appelés à présider.

Le premier président préside la Cour entière en sections unies, et peut aussi présider, quand il le jugera convenable et d'après le besoin du service, chaque section à part.

CHAPITRE II. — Du greffe de la Cour de cassation.

Art. 7. Le greffe de la Cour de cassation se compose d'un premier greffier, de 3 greffiers de section, de 6 chefs de bureau, de 12 écrivains, d'un enregistrateur général et de 3 enregistrateurs de section.

Art. 8. Le premier greffier est le chef de tous les fonctionnaires du greffe; il pourvoit au maintien de l'exactitude dans la tenue des registres, des livres et de tous les papiers des chancelleries des sections.

Le greffier rédige la décision définitive, sous le contrôle du président, et la soussigne d'après le mode prescrit par l'article 59.

Les greffiers de section ont les mêmes obligations, chacun dans le greffe de sa section. Ceux-ci sont distribués aux sections par le premier président et prennent la place du premier greffier, par ancienneté, en son absence.

Art. 9. La Cour aura 9 huissiers (*aprods*), dont l'un sera le chef des autres, lesquels doivent tous savoir lire et écrire.

Elle aura pareillement pour son service deux garçons de bureau et deux hommes de peine. Tous ces employés et serviteurs seront nommés par la Cour, d'après une liste double présentée par le premier greffier.

CHAPITRE III. — Du ministère public.

Art. 10. Le ministère public, siégeant près la Cour de cassation, se compose d'un procureur général et de 3 procureurs de section.

Digitized by Google

Art. 11. Le procureur général a le droit d'assister aux séances générales des sections unies et aux séances de chaque section ; il distribue les travaux aux procureurs des sections et les charge de le suppléer au besoin.

En l'absence du procureur général, sa place est tenue, par ancienneté, par les autres procureurs.

Art. 12. Le procureur a le droit de parler dans toutes les causes qui se plaident par-devant la Cour, de donner son opinion sur l'application de la loi et d'en prendre des conclusions.

Dans les questions civiles il est tenu d'opiner, surtout pour défendre les intérêts des mineurs, les intérêts dotaux des femmes, l'état civil des personnes, les intérêts des enfants conçus et qui ne sont pas encore nés, des étrangers qui ne sont pas représentés dans le pays, de ceux qui subissent l'interdiction, de l'État et des divers établissements publics et de bienfaisance.

Les procureurs n'ont, dans aucun cas, la permission d'assister ni de participer aux délibérations des juges, lesquelles sont toujours secrètes ; il n'y est autorisé que pendant les plaidoiries.

Les procureurs ne peuvent être récusés quand ils fonctionnent pour l'intérêt général ou pour les intérêts particuliers de l'État.

Art. 13. Le ministère public, directement ou par entente commune avec le département de la justice, attaquera pour mauvaise interprétation de la loi, devant la Cour de cassation, les sentences définitives et les actes des autres instances judiciaires pour causes civiles, quand même elles ne seraient pas attaquées par les parties intéressées, mais seulement dans l'intérêt de la loi et après l'expiration du terme d'appel.

La sentence de cassation qui interviendrait en pareil cas n'a aucun effet pour les parties litigantes qui n'ont pas attaqué en cassation la sentence cassée de l'instance inférieure.

Art. 14. Le procureur général a le droit de contrôle et de surveillance sur les conclusions préparées par les procureurs de section pour être présentées à la Cour de cassation.

En cas que le procureur général n'approuve pas les conclusions du procureur de section, et que ce dernier persiste dans son opinion, alors le procureur général charge l'autre procureur de section de porter la parole, sinon il la porte lui-même, à la séance de présentation de la cause.

Digitized by Google

Art. 15. Le ministère public a pour la chancellerie 3 écrivains choisis par le premier procureur, et qu'il met sous la direction immédiate et aux ordres d'un des procureurs de section, avec attribution de chef de sa chancellerie.

Les membres de la Cour de cassation, les fonctionnaires du ministère public ne peuvent être en même temps membres de la chambre élective, de la commission centrale, ni ministres.

CHAPITRE IV. — Des nominations a la Cour de cassation.

Art. 16. Les membres de la Cour de cassation, les procureurs et les greffiers sont nommés par le prince; les autres fonctionnaires du greffe, de même que les huissiers, sont nommés par la Cour de cassation, laquelle en donne connaissance au ministère de la justice.

Pour pouvoir être nommé membre de la Cour de cassation, on doit remplir les conditions suivantes :

1. Être laïque, indigène, ou avoir obtenu la grande naturalisation et n'être soumis à aucune protection étrangère.

2. Avoir l'âge de trente ans accomplis.

3. Être en possession de ses droits civils.

4. Ne pas être failli non réhabilité, ni condamné à une peine infamante et afflictive, ou seulement infamante.

5. Avoir son domicile dans les Principautés-Unies.

Il ne peut être accordé de dispense pour aucune de ces conditions.

Tout membre qui pendant le cours de ses fonctions perdrait l'une de ces qualités sera considéré comme révoqué de fonction, *eo ipso*, et sera remplacé par un autre, mais seulement en vertu d'une sentence *ad hoc*, rendue par la Cour de cassation.

Les membres de la Cour de cassation sont nommés :

a) Parmi les personnes qui, ayant le diplôme de docteur ou de licencié en droit d'une des Facultés des Principautés-Unies ou de l'étranger, auraient exercé la profession d'avocat ou des fonctions judiciaires pendant le cours de sept ans, ou auraient été professeurs à l'une des Facultés de droit des Principautés-Unies pendant sept ans.

Quiconque se présenterait dans le pays avec un diplôme de l'étranger, en vertu duquel il demanderait l'exercice d'une

Digitized by Google

spécialité, sera soumis à un examen sérieux par-devant une commission spéciale, pour vérifier s'il en est capable.

b) Les présidents de la Cour de cassation sont nommés par le prince parmi ses membres.

c) Les procureurs à la Cour de cassation doivent avoir l'âge de trente ans accomplis et posséder les qualités prescrites aux points 1, 3, 4, 5 et *a* de cet article.

d) Pour pouvoir être nommé greffier à la Cour de cassation, il doit posséder les qualités prévues aux points 1, 3, 4 et 5 de cet article.

Peuvent être nommés greffiers à la Cour de cassation, seulement :

a) Ceux qui auraient des diplômes d'études en droit d'au moins deux ans, dans une des Facultés du pays ou dans une Faculté étrangère, qui auraient exercé la profession d'avocat pendant le cours de trois ans, ou qui auraient servi pendant un égal espace de temps dans la partie judiciaire.

b) Ceux qui auraient servi pendant cinq ans au moins, soit en qualité de greffier aux Cours judiciaires, soit comme juges de tribunaux, soit comme chefs de section au ministère de la justice.

c) Ceux qui, avec l'autorisation du ministère de la justice, auraient exercé la profession d'avocat au moins cinq ans.

Outre ces conditions de connaissances et d'expérience, les greffiers doivent avoir l'âge de vingt-cinq ans accomplis.

Les autres fonctionnaires du greffe doivent avoir inévitablement des diplômes d'études de collége et l'âge de vingt et un ans accomplis, ou avoir servi comme fonctionnaires dans une chancellerie publique pendant cinq ans, comme écrivains, enregistrateurs ou chefs de bureau.

Art. 17. Les fonctions de président et de membres de la Cour de cassation sont inamovibles.

Les fonctions de procureur et les autres sont amovibles.

CHAPITRE V. — Du service de la Cour.

1re section. — *De la tenue des séances.*

Art. 18. Dans les séances des sections unies, la Cour de cassation est présidée par le premier président ; en son absence, elle est présidée par le président de section le plus ancien

Digitized by Google

nommé d'après la liste; en l'absence de ces derniers aussi, la Cour est présidée par le plus ancien de ses membres.

Les sections, en l'absence de leurs présidents ou du premier président, sont présidées par le plus ancien de leurs membres.

Au cas que le premier président occupe le siége de président, les présidents de section fonctionnent comme membres.

Les sections unies arrêtent les instructions voulues pour le maintien de l'ordre pendant les séances et dans l'intérieur de la chancellerie, lesquelles, étant approuvées par le prince, seront mises à exécution.

Art. 19. Les présidents et les membres de la Cour de cassation prennent leur rang, dans les séances générales et les séances de sections, d'après l'ordre de leur nomination.

Art. 20. Une section ne peut entrer en fonction et juger, si elle n'est au nombre de 7 membres au moins.

Au cas que ce nombre ne puisse être obtenu pour cause de maladie, de congé, de récusation ou autres circonstances de même nature, le nombre est complété par les membres des autres sections, tirés au sort.

Art. 21. Aucune sentence ne peut être rendue par la section, à moins qu'elle ne réunisse un nombre de cinq voix.

Art. 22. Au cas qu'on ne puisse atteindre le nombre de majorité demandée par le précédent article, on appellera trois autres membres, tirés au sort, des autres sections, et on examinera de nouveau la question; s'il arrive qu'on ne puisse même alors réunir une majorité, on ajournera la question d'un mois à trois mois au plus, et au cas qu'on ne puisse pas même à ce terme obtenir la majorité, la question sera jugée par les sections unies. — On excepte cependant les questions urgentes, lesquelles, dans ce cas, sont jugées immédiatement par les sections unies.

Art. 23. Les juges des différentes sections peuvent être suppléés, les uns par les autres, d'une section à l'autre par le sort, au cas que, d'après la loi, un juge ne puisse prendre part au procès dans sa section.

Art. 24. Le fait de suppléer et d'appeler les juges d'une section à l'autre, par le mode déterminé dans les cas ci-dessus prévus, se règle au su et par l'intermédiaire du premier président ou de celui qui en tient la place.

Art. 25. Quand la Cour de cassation juge en sections unies,

Digitized by Google

doivent être présents et prendre part au jugement au moins 16 membres, avec le président ou un vice-président.

En pareil cas, une sentence ne peut être rendue si elle ne réunit pas 11 voix. Mais quand les sections sont réunies au grand complet, la majorité absolue est suffisante.

Art. 26. Chaque section, en particulier, tient au moins trois séances par semaine.

Les sections unies tiennent des séances toutes les fois que le besoin l'exige.

2e section. — *Des vacances.*

Art. 27. La Cour de cassation a de grandes vacances une fois par an, du 1er juillet au 15 août. De petites vacances à Noël pendant quinze jours, à partir de la veille de Noël, et à Pâques quinze jours, à dater du jour des Rameaux.

Pendant tout le reste de l'année, la Cour de cassation tient des séances régulières tous les jours, le dimanche et les grandes fêtes exceptés.

Art. 28. Pour le temps des grandes vacances il sera formé, par le tirage au sort, une section sous la dénomination de section *des vacances,* composée de 7 membres appelés à expédier les causes criminelles et à prononcer sur les demandes en cassation les plus urgentes.

La section permanente, choisie pour le temps des vacances, sera composée de 7 membres, et le nom des membres qui auront rempli cette mission dans l'année précédente ne figurera plus dans les tirages subséquents de la deuxième et troisième années.

3e section. — *Des congés.*

Art. 29. Les membres de la Cour de cassation peuvent obtenir congé pour des besoins déterminés.

Les congés sont accordés par la Cour de cassation elle-même, en sections unies, et l'on ne peut en accorder qu'un seul au même membre.

On ne peut accorder un congé de deux mois qu'en cas de maladie ou de nécessité absolue ; mais s'il dépasse de deux mois en sus jusqu'à quatre, le membre perd ses honoraires, et s'il dépasse les quatre mois il est considéré comme démissionné.

Art. 30. Les procureurs de section adressent leur demande

Digitized by Google

de congé au procureur général, quand les congés ne dépassent pas un mois; mais quand la demande de congé est pour plus d'un mois, elle doit être adressée au ministère de la justice par le procureur général.

Art. 31. Le procureur général adresse toujours ses demandes de congé au ministère de la justice.

Art. 32. Toute demande de congé de la part d'un membre de la Cour doit être formulée par écrit et appuyée par le premier président, lequel constate et certifie que le nombre des juges restant est suffisant pour les travaux de la Cour, et que le service ne souffrira pas de l'absence dudit membre.

La demande de congé du premier président sera soumise au prince.

Art. 33. Tous les congés accordés sont inscrits sur un registre spécial de congé, qui reste sous la garde et la surveillance du premier greffier.

Art. 34. Au commencement de chaque mois, le greffier fait un extrait des congés accordés pendant le mois passé. — Cet extrait est légalisé et signé par le premier président, qui l'envoie au ministère de la justice pour être publié dans le *Moniteur officiel*.

TITRE II. — De la juridiction et de la procédure.

CHAPITRE Ier. — De la juridiction.

1re section. — *De la compétence de la Cour avec les attributions de cassation.*

Art. 35. Dans les causes de droit privé, la Cour fonctionne comme Cour de cassation.

Dans les causes politiques et de discipline, la Cour de cassation juge comme haute Cour de justice.

Art. 36. La Cour de cassation juge en cette qualité les demandes en cassation dirigées :

a) Contre les sentences des tribunaux de première instance qui n'ont été soumises à aucun appel et contre les sentences prononcées définitivement par les instances d'appel. On comprend dans ces dernières le tribunal de commerce de Galatz, le tribunal criminel et la Cour de confirmation de Jassy.

b) Contre les sentences définitives d'arbitres, quand ceux-ci

Digitized by Google

jugent comme tribunal, d'après la règle de l'article 50 du Code de commerce de la Roumanie.

c) Contre les sentences des tribunaux militaires, mais seulement :

1) Pour cause d'incompétence ou abus de pouvoir, au cas qu'elles aient été données contre un individu qui n'est ni militaire ni légalement assimilé par sa fonction avec les militaires.

2) Au cas qu'elles soient attaquées par le gouvernement d'après la teneur de l'article 41 de cette loi, auquel cas le militaire condamné peut profiter de la demande en cassation formée par le gouvernement.

Pareillement la Cour de cassation prononce :

1) Sur les demandes de permutation des causes d'un tribunal à un autre, ou d'une Cour d'appel à une autre, pour cause de méfiance légitime ou de sécurité publique.

2) Sur les demandes contre les sentences (même non définitives) ou les actes judiciaires de toute instance, qui comprendraient un abus de pouvoir ou qui seraient faits en dehors de compétence.

Pareillement aussi sur les réclamations contre les tribunaux, pour déni de justice, mauvais vouloir de juger, fraude ou prise à partie [1].

3) Sur les conflits [2] de juridiction entre deux ou plusieurs Cours et tribunaux, au cas que ceux-ci soient soumis à différentes Cours d'appel.

Mais les conflits de juridiction entre deux ou plusieurs tribunaux soumis à la même Cour d'appel sont jugés par la Cour d'appel de laquelle ils relèvent.

4) Sur les sentences contraires rendues par la même Cour ou par deux Cours différentes, ou par un tribunal et une Cour, en une seule et même cause, entre les mêmes personnes et dans les mêmes circonstances de litige.

5) Sur les plaintes portées contre les sentences touchant les réclamations suggérées pour cause d'expropriation.

6) Sur les réclamations électorales, contre les sentences du

[1] (Prise à partie) contre un tribunal ou contre une Cour entière, ou seulement contre quelques-uns des juges.

[2] Il y a conflit de juridiction alors que deux ou plusieurs tribunaux ou Cours s'attribuent la compétence dans une et même cause, ou quand tous les deux se déclarent incompétents.

Digitized by Google

tribunal qui admet ou repousse illégalement une inscription sur les listes électorales.

7) Sur les conflits d'attributions élevés entre l'autorité judiciaire et l'autorité exécutive.

8) Et en général sur toutes les matières qui lui seront attribuées par la loi.

Art. 37. La cassation d'une sentence peut être demandée aussi dans les circonstances suivantes :

1) Quand la cause a été jugée et que la sentence a été rendue par un nombre de juges inférieur à celui exigé par la loi.

2) Quand la sentence a été rendue par un nombre de juges qui n'ont pas pris part à toutes les séances de comparution.

3) Quand la sentence, dans son dispositif, ne contient pas les motifs sur lesquels elle est basée, ou quand elle s'appuie sur des articles tout à fait étrangers à la nature de la cause.

4) Quand le tribunal ou la Cour qui a jugé la cause ont été composés des juges qui ne remplissent pas les conditions requises par la loi.

5) Quand les conclusions des tribunaux ou des Cours d'appel, données à titre d'explications aux empêchements survenus à l'occasion de la mise à exécution d'une sentence définitive, sont attaquées comme contraires aux sentences définitives.

6) La demande en cassation, dirigée contre une sentence pour le motif de fausse interprétation des conventions, ne sera reçue que dans le cas où l'interprétation donnée des conventions, par cette sentence, en changerait la nature.

Art. 38. La Cour de cassation ne juge jamais la cause dans le fond, mais elle casse les sentences rendues au détriment de la loi et les procédures vicieuses où l'on reconnaîtrait qu'auraient été violées les formes essentielles, exigées pour leur validité, et elle annule les actes faits hors de compétence.

La Cour de cassation ne peut recevoir de demandes en cassation que contre les sentences judiciaires définitives, non contre les sentences non définitives qui sont encore sujettes à appel à la Cour d'appel (excepté dans le cas prévu par l'article 41 de cette loi), ni pareillement contre les jugements préparatoires et interlocutoires, car la cassation de celles-ci ne peut être réclamée qu'après reddition de la sentence définitive sur le fond de cette cause.

Digitized by Google

En cas de cassation on recommencera la procédure cassée pour vice de formes.

Art. 39. Quand la Cour de cassation cassera une sentence ou annulera une procédure, elle devra toujours désigner un autre tribunal ou Cour, lequel devra être le plus rapproché du tribunal qui a jugé en premier lieu et qui aura à connaître du fond de l'affaire, si elle est de nature à recevoir une suite de jugement, hormis les cas prévus par l'article 40.

Le tribunal doit être du même degré que celui dont la sentence est cassée.

Art. 40. La Cour de cassation ne renvoie pas la cause en nouveau jugement à un autre tribunal ou Cour :

a) Quand la cassation est prononcée pour le motif que la sentence cassée a condamné des faits non prévus par la loi.

b) Quand elle annule une sentence pour cause d'appel ou d'opposition faits après le terme légal.

c) Quand elle annule des sentences pour cause de contradiction avec d'autres sentences définitives et conclusions d'explications pour la mise à exécution des sentences définitives, contraires à ces sentences.

d) Dans les matières électorales, quand elle casse la sentence du tribunal qui admet ou rejette l'inscription contre les prescriptions de la loi.

e) Quand elle annule des sentences en matières pénales par lesquelles l'accusé a été déclaré innocent.

Art. 41. Le ministère de la justice s'adressant par le procureur de la Cour de cassation ou directement, ou par suite de l'initiative prise par celui-ci et sans préjudice au droit des parties intéressées, dénoncera à la Cour de cassation toute sentence ou tout acte par lequel les juges se seraient arrogé des attributions en dehors de leur compétence, et auraient commis un abus de pouvoir ou des délits relatifs à leurs fonctions.

En cas de délits, quand la Cour annulera ces sentences ou actes, il se constituera aussitôt une Cour de justice conformément à l'article 42, et elle procédera au jugement des coupables.

2e section. — *De la compétence de la Cour de cassation comme haute Cour de justice.*

Art. 42. Comme haute Cour de justice, la Cour de cassation juge directement les accusations dirigées contre les ministres

Digitized by Google

et les autres hauts fonctionnaires, lesquels, jusqu'à présent, étaient de la juridiction de la haute Cour et du divan princier.

Elle juge pareillement tous les membres de la partie judiciaire et du ministère public.

Elle a le droit de juridiction exclusive sur ses membres dans des causes pénales et exerce les droits de censure et de discipline sur les Cours d'appel et sur les tribunaux.

En pareils cas la Cour connaît du fond et le juge.

Les sentences de la Cour de justice, données en vertu de cet article, sont exécutées par le ministère de la justice.

CHAPITRE II. — De la procédure.

1re section. — *De la demande en cassation.*

Art. 43. La demande en cassation se fait par pétition écrite, déposée au greffe de la Cour.

Le ministère public, lorsqu'il est partie principale, adresse sa demande en cassation par acte formel au président de la Cour.

Art. 44. Le terme de la demande en cassation pour les intéressés, dans tous les procès, sauf les criminels, est de trois mois, à partir de la remise de la copie de sentence entre les mains de la partie qui l'attaque ou entre les mains de son fondé de pouvoirs, ou de la déposition de la copie à son logis.

Le jour où commence le terme et le jour où il finit ne sont pas compris dans ce terme.

Art. 45. Si la partie intéressée vient à mourir pendant ce terme, sans qu'elle ait fait sa demande en cassation, alors le terme court, pour les héritiers présents et majeurs, du moment de la mort; pour les héritiers mineurs, ou déclarés incapables pour toute autre cause, ou dans le cas que l'hérédité soit vacante, le terme sera compté du jour où il sera nommé une tutelle ou une curatelle, ou que l'héritage aura été placé sous l'administration de la tutelle générale.

L'appel en cassation, dans tous les cas, n'est pas considéré comme un acte d'acquisition de l'héritage.

Art. 46. A la demande en cassation est annexée copie de la sentence attaquée, et il est payé une taxe de 20 ducats pour les procès civils et commerciaux.

Sont exemptés de cette taxe ceux qui produiront un certificat

Digitized by Google

des autorités locales constatant leur indigence, accompagné du billet de la contribution qu'ils payent.

Ne sont soumises au payement de la taxe les demandes en cassation du ministère public, ou des agents publics, pour des affaires qui regardent directement l'administration et les domaines ou revenus de l'État.

La taxe est restituée lorsque la décision ou la sentence est cassée, ou lorsqu'il est reconnu que la déposition de la taxe a été faite contrairement à la prescription de la loi.

Art. 47. Après ou en même temps que la présentation de la demande en cassation, les parties intéressées peuvent présenter un mémoire détaillé du procès, mais avant la prononciation de la sentence de la Cour.

Art. 48. En matière criminelle, la demande en cassation se fait selon le mode et au terme exigé par le Code de procédure criminelle de la Roumanie, pour les appels à la haute Cour.

2e section. — *De la distribution des procès aux sections.*

Art. 49. Tous les procès entrés sont inscrits au moment même de leur entrée sur un registre général, numérotés d'après la date et l'ordre de leur entrée.

Ensuite le premier président les distribue aux sections, où ils sont encore enregistrés sur un autre registre, numérotés d'après la date et l'ordre de leur entrée.

Art. 50. Dans chaque section il y a deux registres, l'un pour les affaires urgentes, l'autre pour les affaires ordinaires.

Les procès sont ajournés d'après l'ordre de leur entrée, sauf les procès urgents qui ont la préférence.

Art. 51. Sont réputés urgents les procès pour lesquels les procureurs demandent le jugement de préférence (réquisitoire du ministère public), les procès sur lesquels la mort a été prononcée, les procès civils et criminels où se trouve intéressée la nation et en général tous ceux qui sont considérés comme tels par une loi.

Toutes les affaires présentées à la Cour seront passées dans le registre du greffe, avec leurs numéros et la date de leur présentation à la Cour.

Les affaires seront distribuées aux sections respectives et seront inscrites, les urgentes sur un registre spécial et les or-

Digitized by Google

dinaires sur un autre registre; donc chaque section aura deux registres spéciaux.

Les procès ne seront présentés à la section appelée à en connaître qu'après avoir été mis en état.

Le procès est considéré comme mis en état lorsque tous les travaux nécessaires, y compris le mémoire présenté par les parties intéressées, ont été communiqués à la Cour, ou que les termes donnés pour leur communication sont expirés; les procès sont jugés dans l'ordre du registre. Cependant le président peut, à la réquisition du ministère public, juger d'abord les procès les plus urgents parmi ceux qui sont inscrits comme urgents sur le registre.

Les réquisitoires du ministère public, qui ne souffrent pas de retard, peuvent être présentés à chaque séance, et sont jugés par la Cour, sans qu'il soit besoin d'être inscrits par ordre.

Les procès mis en état sont distribués par le premier président, ou par celui qui le remplace pendant son absence, aux membres qui doivent en rapporter.

Art. 52. Le greffier de la section est tenu, par ordre du président, de dresser une liste sur cahier spécial des procès quotidiennement ajournés.

Les listes d'ajournement des procès sont affichées dans le greffe et dans la salle des séances jusqu'au jour de la décision du procès.

Art. 53. Les procès mis en état sont distribués par le président aux membres présents, pour en faire un rapport; les rapporteurs sont tirés au sort.

Le rapport comprend la relation du procès avec ses circonstances, et fait connaître les bases sur lesquelles se sont appuyées les instances qui ont jugé le procès, mais sans conclusion de la part du rapporteur.

On indiquera le jour où le membre a été chargé de faire le rapport et le jour de la présentation du rapport au greffe.

Dans les affaires urgentes le rapport doit être prêt et présenté sous quinze jours au plus, mais dans les autres affaires sous un mois.

Les rapporteurs ne pourront retarder la présentation du rapport sous prétexte qu'ils ont besoin, pour plus de détails, de travaux non communiqués encore, lesquels travaux ne doivent pas même être attendus.

Digitized by Google

Si le rapporteur chargé de faire le rapport ne le présente pas au terme prescrit, il est obligé de rendre compte au président des motifs qui l'ont forcé d'en retarder la présentation au delà du terme prescrit. — Le président, approuvant ces motifs, fixe au rapporteur un second terme pour la présentation du rapport, et si après l'expiration de ce second terme il ne présente pas le rapport, alors le président prendra le dossier de ce rapporteur et chargera un autre juge de la rédaction de ce rapport, où il inscrira cet incident du changement de rapporteur.

De pareils incidents peuvent donner lieu, pour la première fois, à des observations de la part du président; mais à la seconde fois ils seront portés à la connaissance du ministère de la justice, pour être avisé aux mesures nécessaires.

Art. 54. Les rapports des juges sont lus par le rapporteur à un bureau spécialement destiné à cet effet dans la salle des séances. Dans les procès où le président lui-même est rapporteur, il passe à ce bureau, et la séance est présidée à sa place par le plus vieux d'entre les juges.

Toutefois, avant la lecture du rapport, le président est tenu de le communiquer avec le dossier au procureur général, afin que le ministère public puisse formuler ses conclusions.

Art. 55. Le procureur restitue à la Cour le dossier, avec tous les papiers, trois jours avant la comparution.

3e section. — *De l'instruction devant la Cour de cassation.*

Art. 56. Les séances de la Cour de cassation sont publiques, sauf les cas où leur publicité serait de nature à porter atteinte aux bonnes mœurs, et ce cas est déclaré par procès-verbal à la majorité des voix.

Un pareil arrêté, lorsqu'il est question de délits politiques ou de presse, ou de l'instruction des procès, conformément à l'article 42 de cette législation, ne peut être rendu qu'à l'unanimité.

Toute séance de la Cour devra durer au moins cinq heures; elle commencera vers onze heures du matin et sera tenue jusqu'à quatre heures de l'après-midi.

Sera passible d'amende tout juge qui viendra après onze heures et partira avant la fin de la séance.

A chaque jour de séance, le greffier écrira sur un registre les noms des juges absents ou soumis à l'amende. — Ce registre

Digitized by Google

sera vérifié par le président, à onze heures, et ne sera plus modifié.

La moitié des appointements des juges inscrits sur le registre de l'amende, soit absents par congé ou sans congé, sera soustraite à chacun d'eux pour chaque jour d'absence ou de retard et partagée entre les autres juges qui, ce jour-là, ont été présents à l'heure précise.

Les juges absents pour cause de maladie constatée et portée à la connaissance de la Cour sont exemptés de cette amende, mais ils ne pourront pas profiter des amendes des absents.

Ces mesures concerneront aussi les greffiers et les autres employés de la Cour, et les amendes perçues seront distribuées aux autres employés qui ont remplacé les employés soumis à l'amende.

Tant le ministère de la justice par l'organe du procureur que le procureur par lui-même, ont le droit de contrôler la stricte observation des mesures prescrites par cet article.

Jusqu'à la confection d'un règlement spécial pour la discipline et la police des greffiers et des autres employés de la Cour, les plaintes ayant pour objet l'accomplissement de leurs attributions seront examinées par le président et le procureur, qui arrêteront de concert les mesures à prendre selon leur justice et leur sagesse.

Art. 57. Après la lecture de la demande en cassation, du mémoire du demandeur, et du rapport du juge rapporteur, les parties intéressées ou leurs avocats ou défenseurs peuvent prendre la parole après en avoir demandé la permission au président de la Cour.

Art. 58. Dans tout procès le procureur prend, le dernier, la parole. Les parties intéressées peuvent parler en dernier lieu alors seulement que le ministère public est lui-même partie intéressée.

Art. 59. Les débats une fois terminés, la Cour se retire dans la salle des délibérations.

Les opinions sont recueillies par le président, d'après l'ordre des nominations, en commençant par le juge le plus récemment nommé. Toutefois, le rapporteur opine le premier et le président le dernier.

Les opinions étant recueillies et la décision écrite et signée

Digitized by Google

par les membres, la Cour rentre dans la salle d'audience et le greffier en donne lecture publiquement.

Art. 60. Les sentences de la Cour de cassation sont prononcées au nom du prince; elles font mention des détails du rapport, des objections des parties, des conclusions du procureur, des motifs et du dispositif, du nombre et des noms des juges qui ont pris part au jugement.

Art. 61. Les sentences de la Cour de cassation sont regardées par la loi comme actes collectifs de la Cour entière, et non pas d'une partie des membres qui la composent.

C'est pourquoi aucun des juges dissidents de la majorité n'a le droit d'émettre par écrit son opinion à part, mais tous sont tenus de signer la sentence de la majorité pour la constater et la certifier.

Si pendant le cours de la délibération touchant un procès traité dans les sections unies, il y a plus de deux opinions émises sans qu'aucune d'elles ait réuni la majorité des voix, alors l'opinion des moins nombreux doit se rallier à celle des deux opinions qui a le plus de voix, afin qu'il soit rendu une sentence à la majorité des voix.

Les registres des séances de chaque section seront visés et vérifiés, chaque semaine, par le président et le greffier respectif.

La même mesure sera observée pour le registre des séances des sections unies.

Art. 62. La section des réclamations examine les demandes en cassation, en présence seulement du demandeur qui appelle, et décide si la demande est fondée ou non et si elle est admise ou rejetée.

Art. 63. La demande en cassation une fois approuvée par la section des réclamations, le président de la section communique le procès-verbal y relatif au premier président de la Cour, et puis celui-ci ajourne le procès à son tour de rôle pour qu'il y soit procédé par la section compétente, ou par les sections unies, en présence des parties intéressées.

Art. 64. L'approbation de la demande en cassation se fait par simple arrêté non motivé, dont on donne copie légalisée au demandeur sous la signature du président et du greffier de la section et revêtue de son sceau.

Art. 65. Le refus de la demande en cassation doit tou-

Digitized by Google

jours être fait par décision formelle et motivée de la section.

Art. 66. Après l'admission de la demande en cassation, le premier président, par une seule et même citation, la communique au défendeur et l'ajourne à un jour déterminé pour venir comparaître, ajournant au même jour le demandeur.

Art. 67. Dans les affaires criminelles, correctionnelles et de police, on n'exige pas un examen préalable d'admission de la part de la section des réclamations, mais la troisième section criminelle juge directement et décide. — On distingue les accusations portées contre les fonctionnaires placés sous la juridiction de la Cour de cassation, qui doivent d'abord passer par l'examen préalable d'admission et être ensuite jugées par les sections unies.

Quand dans l'examen d'une demande en cassation, la section civile et criminelle découvrira des faits coupables, commis par les juges, relativement à leurs fonctions, cette section dénoncera les juges à la section des réclamations qui procédera d'abord à l'examen d'admission.

Art. 68. Les accusations contre les ministres portées par le prince ou par l'assemblée générale, ainsi que celles contre les membres de la Cour de cassation, sont toujours jugées par le complet de la Cour en sections unies, sans passer par l'examen préalable d'admission, exigé par l'article 62.

Art. 69. Dans le cas prévu par le précédent article, s'il arrive que le complet ne puisse être formé par cause de récusation ou pour tout autre motif, le nombre des juges est complété par les membres des Cours d'appel, tirés au sort, ce qui a lieu dans la salle d'audience de la Cour de cassation, en séance publique et en présence des accusés, quinze jours au moins avant la comparution.

Tant les accusés que le ministère public ont le droit de récusation contre les membres tirés au sort.

Art. 70. Les accusés ont le droit de choisir leurs défenseurs. Lorsqu'ils se refusent à choisir des défenseurs, le président leur donne un avocat *ex-officio*.

4e section. — *Des sentences de cassation.*

Art. 71. Les sentences de la Cour de cassation, après avoir été inscrites dans son registre, sont copiées aussi sur le registre de sentence des tribunaux ou des Cours dont les sentences ont

Digitized by Google

été cassées, par les soins des parties intéressées, des procureurs et du ministère de la justice.

Art. 72. La sentence cassée est considérée comme non avenue et n'a nul effet. C'est pourquoi tout acte d'assurance ou d'exécution qui aurait été fait en vertu d'une pareille sentence est complétement annulé.

Au cas qu'une procédure ait été annulée, elle sera recommencée à partir du premier acte pour lequel les formes n'auraient pas été observées; le procès sera de nouveau plaidé dans son entier, et de nouvelles demandes en cassation pourront être faites contre la seconde sentence qui aurait été prononcée.

Quand la partie intéressée appelée en jugement ne comparaît pas elle-même, ou par un fondé de pouvoirs, le procès est jugé par défaut et l'arrêté définitif lui est signifié par copie. Elle a le droit de se présenter avec opposition dans un délai de huit jours, à partir du jour où elle a reçu copie du jugement, et de justifier légalement des motifs qui l'ont empêchée de venir comparaître; si dans ce terme elle ne se présente pas, l'opposition est rejetée et la sentence est prononcée.

Art. 74. Lorsque, après la cassation d'une sentence, la Cour d'appel ou le tribunal auquel a été envoyé le procès pour être de nouveau jugé, donne une seconde sentence sur le même procès, entre les mêmes personnes, procédant dans la même qualité, et que cette seconde sentence est de nouveau attaquée, alors la Cour de cassation juge la question avec toutes les sections unies.

Si la seconde sentence d'un tribunal ou Cour est cassée pour les mêmes motifs que la première, alors la Cour civile ou le tribunal auquel le procès est envoyé, se conformera à la décision de la Cour de cassation sur le point de droit jugé par cette Cour.

Dans ce cas, la Cour de cassation communiquera immédiatement au ministère de la justice la question de droit controversée, afin qu'à la première session de la chambre, ou même dans le cours de la session, si la chambre est ouverte, il soit demandé par le gouvernement l'interprétation officielle de la loi au pouvoir législatif.

Art. 75. Toutes les sentences de la Cour de cassation sont publiées dans une collection qui aura pour titre : *Bulletin de la Cour de cassation des Principautés-Unies.*

Digitized by Google

TITRE III. — Dispositions générales.

Art. 76. Les sentences des Cours d'appel seront définitives, sans aucune exception, à partir du jour de la mise à exécution de cette loi. Elles ne seront soumises à la cassation que pour fausse application de la loi, pour infraction à la procédure ou pour abus de pouvoir ou incompétence, comme il est dit plus haut.

Les Cours civiles d'appel ont aussi le droit de juger généralement au fond et d'une manière définitive, avec toutefois la réserve du recours en cassation, les procès qui, d'après différentes lois, étaient soumis jusqu'à présent à l'examen direct et exclusif du divan princier, sauf les cas prévus par l'article 42 de cette loi.

Le complet des Cours d'appel sera à l'avenir de sept membres.

Art. 77. Les intéressés pourront demander la mise à exécution des sentences prononcées par les Cours d'appel; cependant cette mise à exécution peut être empêchée par la partie adverse, moyennant la garantie ou le dépôt d'une valeur équivalente, dans le cas seulement qu'elle fasse une demande en cassation.

La demande en cassation suspend aussi, sans assurance ou déposition de la valeur du procès, la mise à exécution des sentences relatives à la transposition de limites ou à la démolition de bâtiments.

Art. 78. Les dispositions du quatrième chapitre du titre 4 du Code de procédure criminelle de la Roumanie, concernant les procès et le mode de récusation des juges, seront appliquées sans distinction, à tous les degrés judiciaires, dans les affaires civiles et commerciales ainsi que dans les criminelles.

Art. 79. Personne ne peut défendre comme avocat les affaires civiles et criminelles par-devant la Cour de cassation tant qu'il n'a pas le grade académique, ou l'autorisation du ministère de la justice, d'après les lois existantes.

La Cour de cassation pourra former de ceux-ci une liste d'avocats pour le cas prévu à l'article 70.

Art. 80. Le droit de censure et de discipline sur les Cours d'appel et sur les tribunaux civils, commerciaux et criminels

Digitized by Google

des Principautés-Unies, sans distinction, sera exercé par la Cour de cassation.

Le ministère de la justice ne donnera plus d'autorisation dans les affaires judiciaires.

Art. 81. La Cour de cassation, à la fin de chaque année, communiquera au ministère de la justice les vices ou lacunes qu'elle aura observés, dans le courant de l'année, dans la législation existante, en soumettant en même temps au prince, par une députation prise dans son sein, un rapport motivé et détaillé, où seront marquées les réformes dont l'expérience aurait démontré l'introduction comme nécessaire dans quelque partie de la législation.

Ce rapport sera publié et communiqué par le prince à la commission centrale.

Art. 82. L'installation et la rentrée des travaux de la Cour de cassation, après les grandes vacances, ont lieu en séance solennelle, où le procureur général prononce un discours dont le sujet a trait à la magistrature ou à la justice, aux travaux judiciaires, et auquel répond le premier président.

Dans les séances plénières, c'est-à-dire avec les sections unies, tant la Cour que le ministère public sont en grande tenue; mais dans les séances des sections séparées, en petite tenue.

Ces choses seront spécifiées par règlement administratif.

TITRE IV. — Dispositions transitoires.

Art. 83. Les sentences des Cours d'appel des Principautés-Unies, des tribunaux de commerce, contre lesquelles il n'y a pas eu d'appel dans le terme fixé, et les décisions du divan princier, contre lesquelles on ne fait pas d'appel à la Cour de cassation dans le terme prescrit, restent définitives.

Les sentences de la haute Cour de Valachie étant définitives en vertu des lois aujourd'hui en vigueur, restent définitives et ne sont plus soumises à l'examen de la Cour de cassation.

Toutes les sentences, parmi celles devenues définitives, qui auront été rendues par la haute Cour et le divan princier, seront mises à exécution par le ministère de la justice respectif; les autres seront mises à exécution par les tribunaux mêmes qui les ont prononcées.

Art. 84. Toutes les sentences civiles ou criminelles, pen-

Digitized by Google

dantes à la haute Cour et au divan princier au moment de la promulgation de cette loi, seront renvoyées à la Cour de cassation, qui les examinera conformément à ses attributions déterminées au titre II, section 1, de cette législation.

Toutes les sentences rendues par les Cours d'appel civiles et criminelles, et par les tribunaux de commerce des Principautés-Unies, pour lesquelles on fait des demandes en cassation dans le mode prescrit par l'article 44, viendront à la Cour de cassation, qui les examinera conformément à la procédure contenue dans cette législation.

Art. 85. Si une demande en cassation a lieu contre les sentences rendues par la Cour princière (divan princier) de Jassy, et que ces sentences soient cassées par la Cour de cassation, les procès seront de nouveau envoyés à l'examen de l'une des Cours d'appel, instituées comme instances définitives, qui jugera conformément à l'article 74 de cette législation.

Art. 86. Du jour de l'institution des Cours d'appel comme instances définitives, la caution demandée par les articles 303 et 328 du règlement de Moldavie restera abrogée.

Art. 87. Dans les affaires criminelles, le § 98 du Code pénal de la Moldavie est abrogé, et tous les accusés des Principautés-Unies ont le droit, dans leur défense par avocat, de jouir des dispositions de l'article 165 du Code de procédure criminelle de la Roumanie.

Art. 88. La sentence qui cassera une sentence confirmée par un prince du régime réglementaire sera cassée.

Art. 89. Tous les procès civils et criminels, confirmés par les caïmacans, et pour lesquels il sera réclamé à temps, seront soumis à la révision de la Cour de cassation.

Art. 90. A l'établissement de la Cour de cassation et pendant huit ans encore, à partir de son établissement, pourront être nommés présidents, membres et procureurs à la Cour de cassation :

a) Les ex-ministres et les ministres actuels, les présidents de la haute Cour, de la Cour princière, des Cours d'appel, de la Cour criminelle, de la Cour de confirmation et les ex-membres et les membres actuels de la commission centrale.

b) Les ex-procureurs et les procureurs actuels de la haute Cour, de la Cour princière ou des Cours d'appel, les ex-membres et les membres actuels de la haute Cour, de la Cour prin-

Digitized by Google

cière, des Cours d'appel, de la Cour de confirmation, de la Cour criminelle; les ex-présidents et ex-membres et les présidents et membres actuels de la commission de tutelle, et les ex-présidents et les présidents actuels des tribunaux de première instance, pourvu qu'ils aient au moins sept ans de service dans la partie judiciaire.

c) Les docteurs et licenciés en droit avec diplômes, qui auront exercé des fonctions judiciaires ou la profession d'avocat, ou auront été professeurs à l'une des Facultés de droit des Principautés-Unies, pendant deux ans au moins; les avocats sans diplôme, autorisés seulement par le ministère de la justice d'après les lois en vigueur, qui auront exercé leur profession pendant sept ans, et les directeurs et inspecteurs généraux des écoles publiques nationales, qui auront exercé leurs fonctions pendant quatre ans.

A partir de huit ans après l'établissement de cette Cour, ne pourront en être nommés membres et procureurs que ceux qui posséderaient les qualités prescrites à l'article 16, point A, de cette législation.

Art. 91. Simultanément à l'établissement de la Cour de cassation, la haute Cour et le divan princier seront dissous, et leurs fonctions cesseront.

Savoir faisons et ordonnons que les présentes, revêtues du sceau de l'État et insérées au *Moniteur officiel*, soient adressées aux Cours, tribunaux et autorités administratives, pour qu'elles les inscrivent sur leurs registres, les observent et les fassent observer; nos ministres présidents des conseils des Principautés-Unies sont chargés de leur exécution.

Donné à Jassy, le 12 janvier 1861.

ALEXANDRE-JEAN.

(LE SCEAU DE L'ÉTAT.)

Le président du conseil des ministres de Bukarest,
M. COSTACHI.

Le président du conseil des ministres de Jassy,
COGALNITCHÉANO.

Digitized by Google

BIBLIOGRAPHIE.

DE L'ÉTENDUE DU POUVOIR EXERCÉ D'OFFICE PAR LE JUGE CRIMINEL.

Dissertation doctorale défendue à Leyde, le 12 mai 1858, par M. Ed. S. Van Raalte; Amsterdam, 1858.

Compte rendu par M. Jules Bergson, docteur en droit.

M. Bravard, dans un écrit resté célèbre à l'École, s'est élevé naguère contre l'emploi de la langue latine dans les dissertations académiques. Il paraît, nous le constatons avec regret, que la voix de M. Bravard a eu plus d'autorité en Hollande qu'à la Faculté de droit de Paris.

Nous le répétons, c'est avec un profond sentiment de regret que nous voyons dans le pays des études classiques, dans la patrie des Lipsius, de Gronove comme des Grotius et de Bynkershoek, s'éteindre un usage qui donnait autrefois au monde savant les monographies de M. Godefroi (aujourd'hui ministre de la justice), *De delictis quæ nonnisi ad læsorum querelam vindicantur;* de Koenigswarter, *Non bis in idem;* de Tets, *De jure publico;* de Tellegen, *De dominio maris;* de Hartogh, *De regula : locus regit actum,* et de tant d'autres. Il est à craindre que l'usage d'écrire dans la langue de Cicéron et de Papinien venant à se perdre, le monde savant ne puisse consulter ces dissertations où de jeunes docteurs, sortis à peine de l'École, avec cette méthode toute *hollandaise*, suivant les traditions des Grotius et des Bynkershoek, viennent discuter gravement, dans un langage concis et substantiel, le droit romain, l'ancien droit néerlandais, l'ancien et le moderne droit français, et examiner le sujet sous le double point de vue du législateur et du juge, *de jure constituto et constituendo.*

Telle est la dissertation substantielle de M. E. S. Van Raalte. Il nous raconte dans la partie Ire (p. 1-23) les origines de la *procédure d'accusation* chez les Romains, celles du jury (les *Consultatores* du moyen âge) et du ministère public né en France (V. Mittermaier, *De la preuve*, trad. Alexandre, 1848, chap. 3; Michelsen, *Origines du jury;* Klengl, *Manuel de la procédure criminelle*, Berlin, 1836, p. 24).

Digitized by Google

Dans la IIe partie, le jeune auteur aborde l'examen de la question au point de vue du droit actuel; il examine successivement les dispositions du droit français (§ 1), du droit allemand (§ 2).

Enfin, dans la dernière partie de la savante dissertation, l'auteur aborde la partie philosophique du sujet :

Au § 1er il pose le principe du pouvoir limité du juge; *première maxime :* litiscontestation, *non ultrà petita.* Ici il se trouve d'accord avec le vétéran de Heidelberg, qui, lui aussi, s'élève avec tant d'énergie contre l'excès du pouvoir du président. M. Van Raalte propose de confier à la chambre de conseil le pouvoir *discrétionnaire* exercé jusqu'à présent, presque sans contrôle, par le président de la Cour d'assises. Notons encore en passant que, d'après un nouveau projet, la chambre criminelle de la Cour provinciale, qui jusqu'à ce jour exerçait en Hollande les fonctions du jury, se trouverait remplacée par le tribunal d'arrondissement;

§ 2. Pouvoir du juge criminel pour recueillir des preuves;

§ 3. Pouvoir de qualifier le fait criminel;

§ 4. En un mot, la Cour, à notre sentiment, doit être investie d'un pouvoir discrétionnaire, à l'effet de recueillir à l'audience toutes les preuves utiles à la découverte de la vérité, comme par exemple la nouvelle instruction par experts, une descente sur les lieux, etc., pourvu qu'il n'y ait rien de *contraire aux lois pénales,* que les droits des prévenus ou des tiers ne soient pas lésés;

§ 5. Pouvoir de qualifier le fait. *Principe :* la Cour n'est pas tenue de donner aux faits la qualification qui leur est donnée dans l'acte d'accusation. J. BERGSON.

CHRONIQUE.

LÉGISLATION ANGLAISE.

Il n'y a rien de si populaire en Angleterre que ce qu'on appelle la réforme de la législation, autrement la révision permanente des lois diverses qui régissent le pays. Il existe dans la

Digitized by Google

chambre des lords une section spéciale formée d'hommes que la couronne élève à la pairie dans le but de remplir cet office et qui sont chargés de veiller sur ces questions si intéressantes pour tout le pays. Cette section est celle des membres que l'on appelle dans le public : *les lords de la loi;* elle est composée avec les lords chanceliers en retraite (qui, quelque courte qu'ait été la durée de leurs fonctions officielles, jouissent d'une pension annuelle de retraite très-élevée, et qui sont actuellement au nombre de cinq), de juges élevés à la pairie à la fin d'une carrière illustrée dans la magistrature et de grands jurisconsultes appelés à la même dignité et qui jouissent de fortunes personnelles assez considérables pour soutenir leur rang héréditaire. C'est par ces lords de la loi qu'est exercée la juridiction suprême d'appel dans la chambre haute, juridiction acceptée universellement par les tribunaux inférieurs et par tous les jurisconsultes anglais. C'est par eux également que les grandes mesures d'amélioration légales sont proposées, examinées, discutées et, en dernière analyse, transformées en lois dans la chambre haute du parlement. Ils n'ont pourtant pas d'existence politique distincte, ni de fonctions judiciaires spéciales; ils ne reçoivent pas de rémunération pour les services qu'ils peuvent rendre dans ce rôle; mais ils constituent une de ces institutions, pour ainsi dire, spontanées qui sont sorties des nécessités politiques.

Les lords de la loi ne sont pas toujours d'accord entre eux sur les questions qu'ils traitent; dans la séance du 22 avril ils se sont trouvés en désaccord sur une question depuis longtemps réglée en France par l'article 999 du Code civil. Si un sujet anglais meurt, ayant à l'époque de sa mort son domicile en pays étranger, la loi anglaise veut que ses dispositions testamentaires soient régies par la loi de l'état étranger dans lequel il est domicilié. La conséquence de cette disposition légale est qu'un Anglais, ayant son domicile en France, se trouve privé de la liberté entière de disposer par testament de ses biens et avoir dont il jouit en Angleterre, sauf, bien entendu, le cas de substitutions. Pour échapper à ces difficultés qui résultent surtout de la législation française qui n'accorde pas au père la libre et entière disposition de ses biens, on saisit sans cesse les tribunaux anglais de la question de savoir si le domicile du défunt était bien réellement établi en pays étranger, ce qui donne lieu

Digitized by Google

à d'interminables contestations, et, à ce propos, les magistrats anglais ont eu occasion de constater qu'il existe la plus grande divergence d'opinion entre les jurisconsultes français auxquels il a été nécessaire d'avoir recours.

En présence de cet état de choses, lord Kingsdown, jurisconsulte anglais du plus grand mérite, propose de faire entrer dans la loi britannique le sage principe de la loi française, et de décider que les dispositions testamentaires dans de semblables cas seront aussi valables si elles ont été rédigées selon la loi anglaise que selon celle du pays où le domicile est constitué. Bien que cette proposition émane d'un des tories les plus élevés de la chambre haute, elle a été combattue par presque tous les autres *lords de la loi*. — Comment, s'est écrié lord Leonard, qui a été deux fois lord chancelier, comment permettre à des Anglais qui vivent et dépensent leur fortune en France de jouir de tous les bénéfices de la loi anglaise et d'en éviter les charges? — On peut voir, d'après cet exemple, que la réforme des lois en Angleterre éprouve des difficultés et rencontre des obstacles qui expliquent le peu de progrès réel qu'elle accomplit.

Une autre grande question sociale et légale à la fois à l'ordre du jour aussi en Angleterre, est la proposition, depuis longtemps en discussion, de permettre le mariage d'un beau-frère avec la sœur de sa première femme. Autrefois la chambre des communes ne manquait jamais de donner son assentiment à cette proposition que, de son côté, la chambre des lords repoussait toujours avec la même régularité; mais, dans cette session, la chambre des communes a refusé de voter le bill ordinaire, et le gouvernement n'a point voulu sanctionner une loi de cette nature qui avait été faite par la législature d'une des colonies australiennes. La question se trouve donc définitivement résolue dans le sens négatif.

Une autre question se présente également, c'est celle qui permet ou interdit à un ecclésiastique de procéder lui-même à son propre mariage. Il y a quelque vingt-cinq ans, en Irlande, un membre du clergé se maria lui-même à une femme d'un rang inférieur au sien. Ils vécurent ensemble et eurent des enfants; mais, après sa mort, on souleva la question de savoir si les enfants étaient légitimes. Dans l'une des dernières séances, la chambre des lords, après de longues discussions, a décidé

Digitized by Google

que, d'après la loi de l'Angleterre, un membre du clergé ne pouvait se marier lui-même.

HEIDELBERG.

Le projet du Code de commerce, présenté aux Diètes de Prusse et de Bavière, préoccupe en ce moment les esprits en Allemagne. Certaines dispositions de ce projet excitent des doutes dans les provinces rhénanes, celles par exemple qui confèrent aux tribunaux de commerce le droit de prononcer contre les commerçants des peines disciplinaires. Partout se manifeste le désir que ce projet soit adopté par les chambres, sans modification; partout, dans la vieille patrie allemande, se manifeste le vœu d'une législation générale et uniforme. Un droit commun, une procédure commune, et surtout une organisation judiciaire uniforme, tels sont les biens dont la nation allemande ne voudra plus être privée longtemps. Un autre vœu, c'est que les jugements soient exécutés partout sans *visa* ni *pareatis*. Alors aussi on pourra assigner un terme au Code Napoléon dans les provinces rhénanes; les habitants des provinces rhénanes ont défendu avec vigueur ce Code contre le Code général de Prusse (*Landrecht*), mais personne ne voudra conserver le Code de commerce français une fois que la loi sur les lettres de change et le Code de commerce allemand seront adoptés.

M. Leue, conseiller à la Cour d'appel de Cologne, vient de publier une excellente brochure sur une législation uniforme pour l'Allemagne, sous le titre *Idées sur la procédure civile de l'Allemagne.*

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL

De la Jurisprudence en matière civile.

Les immeubles du receveur d'une caisse d'épargne sont-ils soumis à l'hypothèque légale que l'article 2121 du Code Napoléon accorde aux établissements publics sur les biens de leurs receveurs et administrateurs comptables?

Par M. Lamache, professeur à la Faculté de droit de Strasbourg.

Cette question est d'origine récente. En effet, les premières caisses d'épargne fondées en France le furent par des réunions de souscripteurs qui, ne voulant ni se nommer au public ni s'obliger au delà de leurs mises, se constituèrent en sociétés anonymes. L'article 2121 du Code Napoléon était sans application possible à des œuvres de bienfaisance strictement privée, établies à titre de sociétés commerciales. Mais il est arrivé que les caisses d'épargne, croissant en nombre et en importance, sont devenues l'objet d'une législation spéciale, qui, d'une part, leur a assuré divers avantages, et, de l'autre, a soumis leurs opérations à certaines règles et leur comptabilité à la surveillance administrative. La qualification de sociétés commerciales convenant peu aux vues entièrement désintéressées des fondateurs, les caisses créées depuis la loi du 5 juin 1835 ont été autorisées par le gouvernement en la même forme que les autres établissements d'utilité publique. Enfin, la bienfaisance des particuliers n'a plus été la source unique des fondations; un grand nombre des caisses actuellement existantes ont été dotées par les communes ou par les départements. L'institution a paru dès lors entrer dans une voie de transformation; l'empreinte officielle y étant de plus en plus marquée, on s'est demandé si les caisses d'épargne n'avaient pas le caractère légal d'établissements publics?

La solution affirmative est celle que donnent les deux seuls auteurs qui aient, à ma connaissance, examiné la question, MM. Dalloz et Paul Pont. Elle a été également adoptée par la Cour d'Amiens qui a considéré comme valable l'inscription hypothécaire prise au nom d'une caisse d'épargne sur les biens de son receveur. (*Arrêt du* 22 *mars* 1855.)

Digitized by Google

Au contraire, la Cour de cassation, infirmant l'arrêt d'Amiens, a refusé le bénéfice de l'hypothèque légale aux caisses d'épargne, « attendu qu'elles ne sont pas des établissements publics dans le sens et dans la pensée de l'article 2121. » (*Arrêt du 8 juillet* 1856.)

Par un autre arrêt du 5 mars 1856, la Cour suprême avait déjà préjugé la question dans le même sens, en décidant que les condamnations obtenues contre les caisses d'épargne peuvent être exécutées par les voies et selon les formes du droit commun, pour ce même motif que lesdites caisses ne sont pas des établissements publics.

Dalloz mentionne, comme militant en sens contraire, un troisième arrêt de la même Cour, du 17 mars 1854. Cet arrêt ne me paraît fournir aucun argument, même indirect, ni pour ni contre l'hypothèque légale. La difficulté soumise à la Cour était de savoir si une caisse d'épargne est assujettie, pour plaider, à la nécessité d'une autorisation préalable. La décision négative a été basée uniquement sur ce qu'aucun texte de loi n'a imposé auxdites caisses cet assujettissement qui, dérogeant au droit commun de recourir à justice, ne saurait leur être étendu par voie d'analogie. L'arrêt ne dit rien du caractère légal de ces établissements ; il omet comme à dessein la question que la Cour devait trancher plus tard.

A mon avis, la Cour de cassation s'est conformée aux vrais principes dans son arrêt du 2 juillet 1856.

Les nuages qui obscurcissent la question me paraissent tenir principalement à ce que l'on identifie les *établissements d'utilité publique* et les *établissements publics*. Quoiqu'il arrive souvent que ces deux dénominations soient employées comme synonimes, elles correspondent à deux idées distinctes.

La première comprend une variété indéfinie d'établissements qui ne font nullement partie de l'administration publique, mais qui, en considération du bien matériel, moral ou intellectuel qu'ils opèrent, et du concours indirect qu'ils prêtent ainsi à la haute mission du gouvernement, ont paru mériter qu'un décret rendu sur l'avis du Conseil d'État leur conférât la qualité de personnes civiles, en vue de faciliter leur développement et leur action. Si l'on parcourt le *Bulletin des lois*, on y voit « reconnues comme *établissements d'utilité publique*, » tantôt une œuvre de libre et charitable patronage, tantôt une société

Digitized by Google

d'horticulture, une société de beaux-arts, une société d'antiquaires, tantôt une association de secours mutuels entre ouvriers, et cent autres institutions non moins étrangères aux services administratifs. Les établissements d'utilité publique ne sont, en réalité, que de favorables collections d'œuvres ou d'intérêts privés, présentant toutefois, par leur nature et par leur importance, un certain caractère d'utilité générale, qui déterminé le gouvernement à les investir de la personnalité civile.

Au contraire, la dénomination d'*établissements publics* convient à certaines branches de l'administration publique, qui ont été constituées à l'état de personnes civiles. De ces établissements, les uns font partie de l'administration générale de l'empire; telle était l'Université avant 1850; tels sont l'hospice des Quinze-Vingts, la caisse des invalides de la marine, etc. D'autres, comme les hospices départementaux ou communaux, comme les bureaux de bienfaisance, se rattachent intimement à l'administration locale; la commune et le département eux-mêmes, considérés comme personnes civiles, sont compris quelquefois aussi sous cette dénomination. D'autres, tels que les séminaires et les fabriques paroissiales, ont été créés en vue d'assurer le service public du culte. En un mot, l'établissement public ne présente pas seulement un caractère d'utilité générale; il répond à l'un de ces intérêts collectifs de la société auxquels l'administration publique a mission expresse de pourvoir.

Malgré cette différence qui sépare les deux genres d'établissements, si l'on considère que, rapprochés déjà par la qualité commune de personnes civiles et par leur caractère d'utilité générale, ils présentent en outre cette triple similitude qu'ils ne peuvent naître sans une autorisation de l'État, qu'ils sont soumis plus ou moins à sa tutelle, et que ceux de leurs biens qui sont passibles de la contribution foncière payent la taxe additionnelle établie par la loi du 22 février 1849 pour tenir lieu des droits de mutation, voyant ces établissements assimilés les uns aux autres sous presque tous les rapports qui peuvent être l'objet des dispositions du législateur, on ne s'étonnera pas que les textes officiels les aient habituellement confondus, et qu'au lieu de juxta-poser les deux dénominations, ils aient employé l'une ou l'autre dans un sens large et

Digitized by Google

cumulatif. Cette confusion, à mon avis, regrettable, a lieu notamment dans l'article 1er de la loi du 22 février 1849, où les établissements d'utilité publique proprement dits sont compris sous les mots : établissements publics.

Est-il possible d'admettre que ces dernières expressions aient un sens aussi vaste dans l'article 2121 du Code Napoléon? La négative ne me paraît pas douteuse. Voici quelques hommes qui ont des loisirs, de l'instruction, du goût pour les antiquités; ils se réunissent afin de cultiver en commun l'archéologie et de goûter, chacun à leur tour, le doux plaisir d'avoir des auditeurs; puis ils obtiennent un décret qui reconnaît leur société comme établissement d'utilité publique. Qui oserait soutenir que si l'un d'eux a bien voulu se charger de percevoir le montant des cotisations ou les autres fonds de l'œuvre et d'en tenir compte, son obligeance pourra être châtiée par l'inscription d'une hypothèque sur tous ses immeubles? Évidemment la loi n'a pas entendu accorder l'exorbitante protection d'une hypothèque générale à des collections d'œuvres et d'intérêts privés, dont la nature intime n'est pas changée par le décret qui les constitue en personnes civiles. L'article 2121 a été dicté par le même esprit que les lois antérieures, rappelées dans l'article 2098, qui ont accordé au trésor un privilége sur les biens des comptables. Son but unique, en créant une garantie très-onéreuse, a été de protéger les services publics, l'administration publique. Dans cet article, les mots établissements publics doivent être interprétés *sensu stricto*.

Faisons l'application de ces notions aux caisses d'épargne.

Les caisses d'origine ancienne, instituées à titre de sociétés anonymes et au moyen de souscriptions particulières, sont des institutions privées que la loi a assimilées sous plusieurs rapports aux établissements d'utilité publique. Les autres sont des établissements d'utilité publique proprement dits. Qu'on les appelle, j'y consens, établissements publics, si l'on veut donner à ces mots l'extension qu'ils ont souvent reçue; mais sont-elles des établissements publics dans le sens de l'article 2121? Ce qui précède m'autorise à ramener la question à ces termes : une caisse d'épargne constitue-t-elle un service public, accompli par l'autorité administrative, ou bien n'est-elle pas plutôt une très-favorable collection d'œuvres et d'intérêts privés?

En France, pays d'unité administrative comme d'unité poli-

Digitized by Google

tique et judiciaire, l'administration publique présente deux caractères qui sont des conséquences de cette unité, et qu'on ne trouve ni l'un ni l'autre dans l'institution des caisses d'épargne?

Premièrement, tout le personnel administratif relève du chef du pouvoir exécutif par le droit de nomination que celui-ci exerce médiatement ou immédiatement. Lorsque ce droit de nomination fait défaut, lorsque le pouvoir exécutif reste étranger au choix du personnel d'une agence, on peut affirmer que cette agence n'est pas une administration publique. Or c'est ce qui a lieu pour les caisses d'épargne. Le receveur et les autres employés sont nommés par le conseil des directeurs; ceux-ci le sont eux-mêmes, non point par le pouvoir exécutif, empereur, ministre, préfet ou maire, mais bien par l'association qui a fondé et doté la caisse, association de particuliers ou association communale.

Le serment, autre gage de dépendance qui peut être exigé de quiconque prend place dans les rangs administratifs, et qui a été imposé même aux délégués cantonaux parce que leur bénévole mission a pour objet le service public de l'instruction primaire, le serment n'a jamais été demandé aux directeurs des caisses d'épargne, tant est manifeste l'impossibilité de voir en eux les membres d'une administration publique, si l'on ne veut pas dénaturer complétement le vrai caractère de l'institution!

C'est en se fondant sur ces motifs que la Cour de Paris a décidé que le fait d'avoir inscrit sur le livret d'une caisse d'épargne la fausse mention d'un versement, constitue un faux en écriture privée et non un faux en écriture publique : « attendu que les caisses d'épargne, bien qu'assimilées sous certains rapports aux établissements d'utilité publique, ne sont en réalité que des établissements particuliers[1]; que les employés attachés à ces établissements, pas plus que ceux qui les dirigent, n'ont de caractère public; qu'ils ne tiennent pas leur nomination de l'autorité et ne prêtent pas le serment exigé de tout fonctionnaire public. » (*Arrêt du* 17 *mars* 1854.)

Une seconde conséquence du principe d'unité administrative qui régit la France est l'uniformité d'organisation. Le personnel administratif, employé à telle branche des services publics, est

[1] La proposition énoncée en cette forme n'est parfaitement exacte que pour les caisses d'origine ancienne, instituées à titre de sociétés anonymes.

Digitized by Google

organisé de la même manière dans tout l'empire, et cette uniformité résulte d'une loi ou d'un règlement général. Or, c'est le contraire qui a lieu pour les caisses d'épargne. Le nombre et les attributions respectives de leurs administrateurs varient d'une caisse à l'autre, selon les statuts de chacune. Bien loin qu'aucune loi ou règlement général leur ait imposé l'uniformité administrative, l'article 1er du décret du 15 avril 1852 reconnaît et consacre la libre variété qui est propre aux institutions privées. « Les opérations de chaque caisse seront dirigées et surveillées par un conseil de directeurs ou d'administrateurs. Les statuts déterminent la composition et les fonctions de ce conseil. » Si une certaine uniformité s'introduit peu à peu, elle est de fait et non de droit.

Considérées dans leur personnel, les caisses d'épargne se refusent donc énergiquement à la qualification d'administrations publiques.

Maintenant, considérons-les dans leur objet qui est de recevoir les sommes offertes et de les faire fructifier au profit des déposants. Si l'on en venait jamais à transformer en devoirs légaux les vertus individuelles de prévoyance et d'économie, à alimenter les caisses d'épargne au moyen de retenues forcées sur les salaires[1], et à en rendre l'établissement obligatoire pour les communes, je conviens qu'alors leur office se rapprocherait singulièrement du service public des contributions; mais tant que les caisses, création purement volontaire de la bienfaisance particulière ou communale, ne recevront que les pécules apportés par chacun spontanément et sous la seule incitation de son intérêt bien compris, comment y voir autre chose qu'une libre et bienfaisante gestion d'intérêts privés?

Quelqu'un objectera peut-être qu'au-dessus de ces intérêts individuels se trouve un intérêt général qui est servi puissamment par la diffusion des habitudes de prévoyance et d'économie dans les classes populaires; que cet intérêt public est la cause de l'autorisation et des faveurs accordées par le gouvernement aux caisses d'épargne, et qu'en conséquence on doit les regarder comme accomplissant un service public. Ce serait jouer sur les mots. Jamais le concours indirect qu'une œuvre prête au bien général n'a suffi pour la transformer en service public, en

[1] Cette idée a été émise plus d'une fois, et M. de Gerando s'est cru obligé de la combattre dans son *Traité de la bienfaisance publique*, t. III. p. 238.

Digitized by Google

service administratif. Autrement, tous les établissements d'utilité publique, et jusqu'aux sociétés d'antiquaires reconnues comme telles, deviendraient autant d'administrations publiques; car il n'y en a pas un seul qui n'ait dû son existence comme personne civile à un concours de ce genre, à un certain caractère d'utilité générale.

Il est vrai que la loi accorde aux caisses d'épargne des avantages que ne possèdent pas tous les établissements d'utilité publique. Il est vrai encore que plusieurs ont été dotées en totalité ou en partie par les communes ou par les départements. Que conclure de là, sinon que l'utilité de l'institution a été vivement appréciée par le pouvoir législatif, par les conseils généraux, par les conseils municipaux. Je ne sache pas que personne ait jamais attribué aux sociétés de secours mutuels autorisées le caractère légal d'établissements publics; il leur est expressément refusé par M. Paul Pont, qui l'accorde aux caisses d'épargne. Cependant ces sociétés sont admises, comme les caisses d'épargne, à opérer des versements à la caisse des dépôts et consignations; leurs actes sont exempts des droits de timbre et d'enregistrement, les communes sont tenues de leur fournir gratuitement des locaux pour leurs réunions. *Décret du 20 mars* 1852.

L'État, qui accorde des avantages aux caisses d'épargne, a pu circonscrire leurs opérations dans certaines limites, motivées d'ailleurs par l'intérêt du crédit public. L'État, qui a mis les caisses d'épargne en rapport avec la caisse des dépôts et consignations et avec le trésor, a dû régler ces relations. L'État, sans l'autorisation de qui une caisse d'épargne ne peut exister, a le droit de connaître l'usage qui est fait de cette autorisation, afin de la retirer si les statuts étaient violés et ses avertissements méconnus; en conséquence, sans infirmer la surveillance permanente confiée aux citoyens honorables et désintéressés qui dirigent ces caisses, l'État en fait surveiller aussi la gestion et la comptabilité par les receveurs et inspecteurs généraux des finances. C'est ce qui a été établi par les lois des 5 juin 1835, 21 mai 1837, 22 juin 1845, 7 mai 1853, et par le décret du 15 avril 1852. Mais ni la surveillance ni la protection administratives qui s'exercent sur une institution n'ont pour résultat de transformer l'institution elle-même en administration publique. Les sociétés de secours mutuels, les

Digitized by Google

sociétés tontinières sont soumises plus ou moins étroitement à cette même surveillance. Les lois et le décret précités ne répugnent donc nullement à ma thèse.

Bien mieux, je remarque que cette législation réglementaire s'applique à toutes les caisses d'épargne indistinctement, sans attribuer un caractère légal différent aux caisses d'ancienne date, nées sous forme de sociétés anonymes, dotées par souscriptions particulières, et aux caisses plus récentes, fondées et dotées par les communes, autorisées comme établissements d'utilité publique. Or, les premières échappant forcément aux termes de l'article 2121, ces règlements législatifs eux-mêmes me conduisent à penser que ni les unes ni les autres ne sont des établissements publics dans le sens dudit article. Aussi bien on se jetterait dans de graves difficultés en essayant de distinguer le caractère légal des caisses d'épargne selon l'origine des deniers de la fondation; car telle caisse a été dotée tout à la fois par des particuliers, par une commune et par le département.

Un arrêt du Conseil d'État, relatif à la caisse d'épargne de Strasbourg, confirme l'argument que j'ai développé sous ses diverses faces, et qui n'est autre que celui de la Cour de cassation. La caisse de Strasbourg, installée dans une maison à elle appartenant, avait prétendu que cet immeuble ne devait point supporter l'impôt foncier, comme étant, d'une part, non productif des revenus, et, de l'autre, étant affecté à un service public. Sa demande en décharge ayant été rejetée par le conseil de préfecture du Bas-Rhin, elle recourut devant le Conseil d'État. Celui-ci a maintenu la décision attaquée :

« Considérant que l'exemption de la contribution foncière n'est applicable aux bâtiments affectés à un service public, et qui ne sont pas productifs de revenus, qu'autant que ces bâtiments sont une propriété publique;

« Considérant que la maison dans laquelle est établie la caisse d'épargne de Strasbourg est la propriété privée de cette caisse; que dès lors, en supposant que cette maison pût être considérée comme destinée à un service public, c'est avec raison que le conseil de préfecture du Bas-Rhin a décidé qu'elle serait maintenue à la contribution foncière. » *Arrêt du 24 novembre* 1859.

Pour résoudre la question fiscale qui lui était soumise, le

Digitized by Google

Conseil d'État n'a pas eu besoin de déclarer en termes exprès que les caisses d'épargne n'accomplissent point un service public proprement dit; et, fidèle à ses habitudes de réserve, ce n'est que sous forme dubitative qu'il leur conteste cette mission. Mais, au fond, sa décision confirme pleinement les observations que j'ai présentées. En effet, la caisse d'égargne de Strasbourg a été fondée par la commune. Si les caisses d'épargne étaient des établissements publics dans le vrai sens de ces mots, dans le même sens que les hospices, la maison appartenant à la caisse de Strasbourg et occupée par elle, aurait été considérée comme propriété publique et exemptée de l'impôt, ainsi que le sont invariablement les bâtiments des hospices communaux, sans distinguer si ceux-ci ont été fournis par la commune ou ont été achetés des deniers propres de l'hospice. Au contraire, le Conseil d'État décide que la maison de la caisse de Strasbourg n'est qu'une propriété privée et qu'elle doit l'impôt. Par là il déclare virtuellement que les caisses d'épargne ne sont pas des établissements publics *sensu stricto*, dans le sens de l'article 2121; et son arrêt concorde avec celui par lequel la Cour de cassation leur a dénié ce même caractère, et leur a refusé en conséquence le bénéfice de l'hypothèque légale.

Non-seulement les caisses d'épargne ne sont pas au nombre des établissements publics dont l'article 2121 a voulu parler, mais les receveurs desdites caisses ne sont pas non plus au nombre des comptables que cet article a eus en vue. Il a eu en vue les comptables publics. Or les lois et règlements sur la comptabilité publique ne considèrent comme tels que les agents nommés par l'autorité administrative, opérant sous ses ordres, lui rendant leurs comptes. Le receveur d'une caisse d'épargne n'est pas nommé par l'autorité administrative, il l'est par le conseil des directeurs. C'est sous les ordres de ceux-ci qu'il est placé et qu'il opère, quoique sa comptabilité soit soumise d'ailleurs au contrôle des agents administratifs. Il n'est justiciable ni de la Cour des comptes, ni du conseil de préfecture, ni du ministre, ni d'aucune autre autorité administrative. Les comptes annuels qu'il adresse au préfet sont destinés uniquement à éclairer l'administration supérieure dans l'exercice de sa mission de haute surveillance; ils ne sont pas les pièces d'un jugement. Si les directeurs prétendent que le receveur, par suite de sa gestion, est redevable de telle somme envers la caisse, c'est

Digitized by Google

devant l'autorité judiciaire que le litige sera porté. A la différence d'un receveur communal, du receveur d'un hospice, le receveur d'une caisse d'épargne n'est donc pas un comptable public, il est purement et simplement un agent de la caisse. Un cautionnement lui sera demandé, mais l'hypothèque légale n'atteint pas ses immeubles. LAMACHE.

ÉTUDES SUR L'ADMINISTRATION DE LA JUSTICE CIVILE.

Par M. LAVIELLE, conseiller à la Cour de cassation.

SUITE DU CHAPITRE VII [1].

§ 2. — *De l'ordre.*

Objet de cette procédure, Ses anciens abus, Exemple remarquable. Juste sévérité du garde des sceaux *Peyronnet*. Examen de la loi nouvelle du 21 mai 1858. — I. Juge-commissaire spécial. Son utilité. — II. *Petits ordres* proposés par la commission du Corps législatif et rejetés par le Conseil d'État. — III. Ordre amiable, Objections. Réponses. Le ministère des avoués est-il obligatoire? La remise des pièces en leurs mains vaut-elle mandat? Arrêts de la Chambre des requêtes, qui ont décidé la négative. Examen critique de ces arrêts. — IV. Recours contre la condamnation à l'amende prononcée contre le créancier défaillant. Systèmes divers. — V. Délai fatal pour produire. — Déchéance d'office et de plein droit. Sévérité excessive de cette disposition nouvelle. Ses effets. Nécessité de la modifier. — VI. Consignation obligatoire ou facultative.

L'immeuble vendu, rien ne paraît plus facile que d'en distribuer le prix ; on dirait une simple opération arithmétique, un travail presque matériel ; il ne serait pas autre chose, en effet, si ce prix abondait, s'il était suffisant pour congédier tous les créanciers et acquitter les frais de justice.

Mais cela arrive bien rarement, surtout dans l'ordre à suite d'expropriation. C'est précisément parce qu'il y a *déficit*, impuissance de tout payer, qu'il y a vente forcée de l'immeuble et distribution judiciaire de son prix. Ces deux actes signalent ou pour mieux dire constituent la faillite du propriétaire, comme la suspension de payement révèle la faillite du négociant. Dans ces deux faillites, dans ces déconfitures commerciales ou civiles, c'est à qui ne perdra pas ou à qui perdra le moins.

[1] V. *Revue critique*, tome XVII, 1re livraison.

Digitized by Google

Aussi c'est là, c'est dans cette répartition du prix, par l'ordre, que se donnent rendez-vous tous les créanciers. C'est le champ clos où doivent se vider toutes leurs querelles ; jusque-là elles ont paru sommeiller. Mais ici elles se réveillent plus ardentes. C'est le moment attendu, décisif, où tous les droits, tous les intérêts vont être produits, débattus, réglés. C'est pour ce règlement qu'ont été réservées toutes ces questions subtiles de *préférence*, c'est-à-dire de priviléges et d'hypothèques, qui font souvent le tourment des jurisconsultes et toujours celui des créanciers.

Quand le législateur de 1806 eut réglé cette matière si délicate *de l'ordre*, il s'écria, satisfait de son œuvre :

« Dans peu d'années, nous osons le prédire, cette loi de l'ordre, par sa simplicité, par la rapidité de sa marche et par le peu de frais qu'elle exige aura obtenu l'approbation de tous les bons esprits et les bénédictions des débiteurs et des créanciers [1]. »

Il faut convenir que ces débiteurs et ces créanciers ont été bien ingrats ! car ils ont fait entendre, à propos de cette loi, autre chose que des bénédictions ; leur concert unanime a été encore plus retentissant que celui que nous venons d'entendre, dans le paragraphe précédent, contre la saisie immobilière.

Et il faut bien le reconnaître : ces longues et vives plaintes n'étaient pas sans fondement.

Si l'on veut juger la loi de 1806 par ses résultats, on n'a qu'à ouvrir les comptes rendus des dernières années, celles où les abus étaient cependant plus rares et moins affligeants.

Ces statistiques nous apprennent, par exemple, que des *ordres* ont duré plusieurs années, que les frais ont absorbé la meilleure partie du gage commun, que les créanciers ont perdu en moyenne près de 60 pour 100, et qu'au 31 décembre 1851 la somme énorme de 162 *millions* était retenue et enlacée dans ces interminables procédures, au grand préjudice de l'agriculture, du commerce, de toutes les transactions sociales.

Hâtons-nous de dire que, grâce à la vigilante fermeté des magistrats, cet état de choses s'améliore de jour en jour ; car ce n'est pas à la loi seule qu'il fallait l'attribuer ; son exécution était plus défectueuse encore, ainsi que nous l'apprennent les mêmes documents.

[1] Discours de M. le conseiller d'État *Réal*.

Digitized by Google

Parmi les déplorables exemples qu'on pourrait citer, en remontant plus haut, il en est un que les anciens du palais n'ont pas oublié, car il leur causa une pénible émotion.

Ce fait, qui n'avait pas eu sans doute de précédents et qui se reproduira moins encore, se passa il y a plus de trente ans.

Un domaine considérable fut exproprié. Des nuées de créanciers et des gens d'affaires s'abattirent sur ce domaine. La saisie et ses incidents avaient duré plusieurs années; l'ordre était plus long encore; il ne finissait plus. Toutes les ressources de l'ancien Code furent épuisées; ses longues formalités largement, abusivement exploitées. La chicane, excitée et inassouvie, ne voulait pas lâcher sa proie. Elle lui fut vivement arrachée par le ministre de la justice.

C'était M. *de Peyronnet :* il destitua six avoués, le procureur du roi et le greffier.

Les juges furent traduits disciplinairement devant la Cour royale de leur ressort.

Justice fut faite de la cupidité des uns, de la faiblesse des autres.

L'opinion publique applaudit hautement à cet acte d'énergie. Il produisit les plus heureux effets; car indépendamment de la crainte salutaire qu'il devait inspirer, c'est de ce moment que datent les premières études sérieuses touchant la réforme de ces titres de la *saisie immobilière* et de l'*ordre,* réforme tardive, incomplète et que nous poursuivons encore à travers mille obstacles. Il faut savoir les vaincre, c'est-à-dire le vouloir.

Nos législateurs modernes l'ont essayé; nous avons parlé, dans le paragraphe précédent, de la loi du 3 juin 1841 sur la saisie immobilière et des réformes dont elle est encore susceptible.

Peut-être eût-il été plus logique de commencer par ces réformes touchant les ventes judiciaires, avant d'en venir à l'ordre qui n'en est que la suite et le complément, ou plutôt de traiter simultanément ces deux parties du même tout; elles auraient été mieux coordonnées, et on ne serait pas exposé à la nécessité inévitable de modifier encore la seconde partie, quand on s'occupera plus tard de la première.

Quoi qu'il en soit de ces observations et de ces regrets, il est aisé de se consoler en pensant d'une part que le projet touchant les ventes judiciaires ne tardera pas à être présenté au corps

Digitized by Google

législatif, ainsi que l'annonçait sa commission de 1858[1].

D'autre part que ce travail a déjà été commencé, non-seulement par la loi de *transcription* du 24 mai 1855, mais encore par les trois premiers articles de la loi du 21 mai 1858, qui tranchent enfin d'une manière satisfaisante des questions graves restées indécises dans la doctrine et la jurisprudence en ce qui touche l'effet des hypothèques légales et de l'action résolutoire exercée par le vendeur non payé.

Disons enfin que quand une amélioration notable est apportée à une partie défectueuse de notre législation, il faut se hâter de l'accepter, n'importe sa date et son rang.

Telle est la loi du 21 mai 1858.

Elle n'a pas manqué de commentaires[2]. Celui de M. *Chauveau* débute par ces mots : « Discuter le principe économique de la loi, signaler les lacunes des textes nouveaux, indiquer les modifications à y apporter, appeler enfin la réforme sur l'œuvre du législateur, telle était mon intention après avoir écrit mon Commentaire et réuni de nombreux éléments d'une discussion critique..... J'ai préféré suivre l'exemple de mon savant et honoré collègue M. *Gustave Bressolles :* Nous ne voulons pas, a-t-il dit page 12, compliquer par nos vues personnelles ce qu'on a voulu simplifier, et *tourmenter dès son berceau* une loi qui ne manquera pas d'interprètes et peut-être de censeurs. »

On doit regretter sincèrement que ces deux honorables professeurs n'aient pas suivi leur première inspiration, et qu'ils aient mieux aimé nous enseigner comment la loi doit être entendue et appliquée, telle qu'elle est, que de nous dire comment on pouvait la rendre meilleure. La crainte de *tourmenter une loi dès son berceau* ne devait pas les arrêter; ce sont, au contraire, les erreurs naissantes qu'il faut se hâter de signaler et de combattre pour les empêcher de grandir et de se fortifier.

C'est ce que nous venons essayer nous-mêmes, fidèles au plan général de notre travail; mais ici cette tâche sera bien facile, car à la différence de ces savants commentateurs, nous pensons que, sans faire grâce à la loi, à raison de son âge, elle

[1] V. le Rapport de M. Riché, p. 8.

[2] V. notamment ceux de MM. *Chauveau*, *Bressoles*, *Olivier* et *Mourlon*; *Seligman* annoté par M. *Paul Pont*; *Colmet d'Aage*, les notes de M. *Duvergier* sur la même loi, *Bioche*, *Houyvet*, etc., etc.

Digitized by Google

mérite réellement plus d'éloges que de critiques, et c'est dans cette conviction, mais avec une entière liberté et sans aucunes réserves, que nous allons examiner ses principales dispositions.

1. *Nomination d'un commissaire exclusif pour les ordres* (art. 749).

C'est une bonne chose de confier habituellement au même magistrat la direction des ordres. Dans ce travail, comme dans tous, on devient plus apte par la pratique. C'est une garantie nouvelle introduite dans ces procédures. Elle a été puisée dans nos anciennes lois qui avaient aussi des *commissaires spéciaux* pour les décrets, pour les enquêtes, pour les liquidations, etc.

Mais aujourd'hui, comme alors, il ne faudrait pas que le service ordinaire souffrît de cette délégation spéciale. C'est ce que M. le garde des sceaux recommande aux procureurs généraux dans sa circulaire du 2 mai 1859 : « Vous veillerez à ce que les magistrats chargés de cette mission ne se croient pas pour cela dispensés du service de l'audience. »

Cette recommandation sera d'autant plus aisément obéie que les ordres ont diminué considérablement et tendent à diminuer encore.

De 1851 à 1856 leur nombre s'élevait, année moyenne, à 9,531.

En 1858, il n'y en avait que 5,833, et assurément les statistiques prochaines nous apprendront une décroissance nouvelle comme dans le nombre corrélatif des saisies immobilières.

En faisant la répartition de ces ordres réduits entre les 361 tribunaux de France, on voit qu'il en restera un petit nombre pour chacun d'eux. Cette répartition ne peut, sans doute, être faite par une règle exacte d'arithmétique, car on comprend qu'il est des tribunaux où les ordres sont plus nombreux que dans d'autres, même à égalité de population et d'étendue territoriale. Les statistiques signalent et expliquent ces différences.

Ainsi on peut dire que les précautions de la loi nouvelle, en ce point et en quelques autres, ont été inspirées par le souvenir des anciens abus, bien plus que par les nécessités actuelles. Ces précautions redoublent, en effet, en raison inverse de ces nécessités; mais de ce qu'elles eussent été meilleures à une autre époque, il ne s'ensuit pas qu'elles ne soient pas bonnes aujourd'hui. On ne saurait trop se prémunir contre le retour des abus.

Digitized by Google

L'article 749, qui institue ces commissaires spéciaux ou qui, pour mieux dire, donne le droit de les désigner, *selon les besoins du service*, se termine par le paragraphe suivant : « Les juges désignés par décret impérial ou nommés par le président doivent, toutes les fois qu'ils en sont requis, rendre compte à leurs tribunaux respectifs, au premier président et au procureur général de l'état des ordres qu'ils sont chargés de régler. »

C'est très-bien ; mais cette obligation devait-elle être écrite dans la loi? N'est-elle pas suffisamment établie par la nature des choses et la hiérarchie judiciaire? Elle s'est exécutée à toutes les époques sans qu'il fût besoin d'un texte. Pourquoi supposer que le juge *requis* par le tribunal, le premier président ou le procureur général refusera de leur rendre compte? En a-t-on vu un seul exemple? Il est des résistances qu'il ne faut pas prévoir, alors surtout que les moyens de les vaincre existent déjà.

Mais que si on voulait absolument recommander aux juges commissaires de déférer aux réquisitions du tribunal, dont ils ne sont que les délégués, et de leurs chefs hiérarchiques, agissant dans l'ordre du service, une simple instruction ministérielle n'aurait-elle pas été suffisante?

Il est d'autres causes bien plus importantes et se rattachant davantage à l'ordre public, dont la communication aux chefs hiérarchiques est plus urgente et plus utile. A-t-on jamais songé à l'ordonner, cette communication, par un texte de loi? Nullement. Son style net et concis n'admet pas de pareils détails. Il demande, au contraire, qu'on le dégage de toute rédaction prolixe ou superflue. Il n'en a que plus de force et d'autorité. C'est là surtout que les longueurs énervent la pensée.

En un mot, nous ne critiquons pas cette mesure d'administration intérieure ; nous disons seulement qu'elle existait déjà et que, dans tous les cas, elle eût mieux trouvé sa place dans la circulaire de M. le garde des sceaux que dans la loi elle-même.

II. *Des petits ordres.*

Nous ne lisons pas ce titre dans la loi, mais il se trouve dans le rapport de la commission du Corps législatif.

Voici comment s'exprime ce rapport (page 42) : « Votre commission ne s'était pas contentée d'organiser un essai de règlement amiable qui doit surtout être efficace *pour les petits ordres*, à défaut d'arrangement ; si *le capital à distribuer* n'ex-

Digitized by Google

cède pas 1,500 francs, l'ordre devait être réglé définitivement par le juge commissaire. Les parties comparaissaient de nouveau devant celui-ci, convoquées comme pour l'essai de conciliation; les pièces lui étaient remises; le ministère public donnait son avis, et à très-peu de frais, dans le délai d'un mois, l'ordre était terminé. Le recours devant le tribunal n'était ouvert que dans des cas exceptionnels.

« L'avantage de ne pas dépenser 200 francs au moins pour régler entre quatre créanciers l'ordre sur une somme totale de 1,500 francs n'était acheté par le sacrifice d'aucun des principes de notre droit; car ni le juge unique, ni le dernier ressort et la procédure simple jusqu'à une certaine somme, ni la convocation par invitation ne sont choses inconnues dans nos mœurs judiciaires. Au cas prévu par l'article 661 du Code de procédure, le juge commissaire statue seul sur un privilége de bailleur, qui peut embrasser un intérêt de plus de 1,500 francs. Le jugement sans productions préalables au greffe, et sur observations suivies de la remise des pièces aux juges, n'était pas non plus une innovation excentrique, car au cas de l'article 773, quoique la somme à distribuer puisse être de 100,000 francs, il n'est pas procédé autrement.

« Le conseil d'État ayant rejeté cet article sans lui substituer d'autre combinaison dans le même esprit, il ne nous reste qu'à déposer dans ce rapport l'expression de nos intentions et de nos regrets. »

Ces *regrets* nous ne saurions les partager. Nous regrettons seulement que le rapport n'ait pas fait connaître les motifs invoqués par le conseil d'État pour rejeter cette proposition des *petits ordres*.

Ces motifs devaient beaucoup se rapprocher, ce nous semble, de ceux que nous avons rappellés nous-même, dans le paragraphe précédent, contre les *petites saisies*.

C'est en effet le même ordre d'idées, l'application des mêmes principes, tous dominés par cette haute considération de l'égalité devant la loi, considération qui se révélait ici avec d'autant plus de puissance et de faveur que la procédure de l'ordre était simplifiée précisément en vue des *petites propriétés* et des *petits capitaux*, ainsi que les auteurs de la loi nouvelle nous l'apprennent eux-mêmes.

Si une pareille distinction était admissible, il eût été logique

Digitized by Google

de commencer par l'expropriation; mais là elle a été rejetée; comment l'admettre ici?

Il y avait même pour l'exclure une raison de plus.

Elle est puisée dans l'article 762 de la loi nouvelle.

Le dernier paragraphe de cet article dispose, en effet, que « l'appel n'est recevable que si la somme *contestée* excède celle de 1,500 francs, quel que soit d'ailleurs le *montant* des *créances* des contestants et des sommes à *distribuer*. »

Disposition pleine de sagesse, qui a tranché heureusement, d'après la jurisprudence de la Cour de cassation, cette longue controverse sur le chiffre à considérer pour fixer le premier ou le dernier ressort.

Ainsi ces petits ordres qui avaient éveillé, à juste titre, la sollicitude de la commission, sont affranchis des lenteurs et des frais d'un *appel*, avantage considérable signalé par la commission elle-même.

On peut même dire que sous ce rapport il lui a été accordé plus qu'elle n'avait demandé.

Elle prenait, en effet, pour point de départ, ainsi qu'on l'a vu, le *capital à distribuer*, tandis que l'article 762 ne se préoccupe, pour fixer ce dernier ressort, que de la somme *contestée*. Si elle est inférieure à 1,500 francs, l'appel est interdit, quelque important que soit *le chiffre à distribuer*.

Tout ceci, encore une fois, est en faveur de ce qu'on appelle les *petits ordres*, et il leur a été donné ainsi la seule satisfaction qu'ils pouvaient raisonnablement exiger, sans compter les chances de conciliation plus nombreuses dans les petites affaires que dans les grandes. Ceci nous conduit à cet essai de conciliation.

III. *Ordre amiable* (art. 751).

Cette dernière considération, que l'essai de conciliation nouvellement introduit dans les ordres, réussira souvent pour la distribution de petites sommes, suffirait pour nous faire adopter avec empressement une telle innovation.

Elle a été cependant l'objet de vives critiques.

C'est un mois de perdu, a-t-on dit; or dans une procédure aussi rapide cette perte de temps est bien regrettable. Le vœu du législateur sera trompé; il n'y a pas, en effet, de matière moins conciliable que celle de l'ordre. Quelle concession pou-

Digitized by Google

vez-vous attendre du créancier premier inscrit, qui a la certitude d'être intégralement payé? Et, par contre, quelle exigence peut manifester un créancier postérieur qui, sachant le chiffre à distribuer et les inscriptions qui, avant la sienne, absorbent ce chiffre entier, acquiert la triste certitude qu'il n'y aura rien pour lui? Où est la place pour une conciliation dans ces chiffres et dans ces dates? Ne vaut-il pas mieux employer ce mois perdu à la confection de l'ordre?

On peut ajouter encore que la multiplicité des parties en cause rendra la conciliation plus difficile, ainsi que le législateur l'a reconnu lui-même pour la conciliation ordinaire, qui ne doit pas être essayée quand la demande est formée contre *plus de deux parties* (art. 49, § 6, du Code de procédure civile).

On ne saurait méconnaître la force de ces observations. Elles n'avaient pas échappé à la commission du Corps législatif. Aussi son honorable rapporteur disait-il :

« Nous n'avons pas entouré d'espérances exagérées le berceau de cette innovation, surtout dans le cas où de grands intérêts seraient engagés. Mais n'y eût-il qu'un ordre amiable sur dix tentatives, ce préliminaire, très-peu dispendieux, serait justifié, et il est permis d'attendre un succès plus grand, surtout dans les petits ordres, puisque la statistique nous révèle qu'il n'y a de contradiction que dans *un* ordre sur *quatre*. »

Ces espérances ont été confirmées par les premières applications de la loi du 21 mai 1858, et toute controverse semble devoir cesser en présence des constatations suivantes, que nous lisons dans le dernier compte rendu :

« La loi du 21 mai 1858 a commencé à faire sentir son influence salutaire sur les règlements de procédures d'ordre pendant les sept mois qui ont suivi la promulgation de cette loi; les juges-commissaires ont réussi à régler à l'amiable, dans un bref délai, 761 ordres, malgré les difficultés qui sont inhérentes à tout nouveau mode de procédure à son début [1]. »

On peut bien ajouter que les effets de la loi nouvelle seront encore plus satisfaisants à mesure qu'elle sera mieux comprise et pratiquée. La prochaine statistique nous éclairera davantage. Les raisonnements devront céder aux chiffres [2].

[1] Compte rendu de 1858, p. 12.

[2] Cette prévision s'est réalisée : la statistique de 1859, qui a paru pendant

Digitized by Google

Nous pouvons donc répéter ici ce que nous avons dit si souvent et dès le début de ce travail : on ne saurait trop multiplier les essais de conciliation, même au risque de quelques inconvénients.

Mais ces essais, il faut les diriger habilement, patiemment, les favoriser, les encourager autant que possible. Eh bien! nous devons le dire à regret : telle ne nous apparaît pas jusqu'ici la tendance générale.

Il est surtout un point très-important sur lequel, à notre sens, les tribunaux se sont montrés bien sévères.

Pour la conciliation de l'ordre comme pour les autres conciliations, la loi désire sans doute que les parties se présentent en personne, mais elle ne leur a pas interdit la faculté de se faire représenter par un mandataire.

Or il est arrivé (et il arrivera bien souvent) qu'un créancier soit représenté devant le juge par son avoué.

Il lui a remis à cet effet la lettre de convocation à lui adressée par le juge-commissaire et, en outre, les titres justificatifs de sa créance.

Eh bien! l'avoué qui se présentait muni de toutes ces pièces a été renvoyé, faute de pouvoirs suffisants; on n'a pas voulu l'écouter; le créancier, réputé absent, a été condamné à l'amende de 25 francs; l'ordre amiable n'a pu être essayé avec lui et aura dû nécessairement être compromis entre les autres créanciers.

Et ce n'est pas seulement un juge-commissaire, exagérant l'étendue de ses pouvoirs nouveaux, qui l'a décidé ainsi : c'est un tribunal de première instance, c'est une Cour impériale, c'est la Cour de cassation elle-même.

Il est bien vrai de dire que les parties avaient un peu exagéré la question et lui avaient donné une portée plus haute que les espèces à juger, ce qui ne fut peut-être pas sans influence sur les décisions rendues.

Ainsi on était allé jusqu'à soutenir, sans nécessité pour la cause, que le ministère de l'avoué était *obligatoire*, *exclusif*, puisqu'il s'agissait d'un ordre essayé *judiciairement* et non devant un *notaire*, comme on l'avait d'abord proposé, et que

l'impression de cet article, constate, en effet, que le nombre des règlements amiables, pendant cette année, s'est élevé à 3,286. Espérons un chiffre plus fort pour les années suivantes.

Digitized by Google

dès lors l'avoué, par sa *seule qualité*, était *seul* apte aussi à représenter le créancier, à l'exclusion de tout autre mandataire.

On se rapprochait davantage de la vérité et de la cause à juger en soutenant que dans tous les cas le choix du mandataire, fût-il entièrement libre, dès que ce choix tombe sur un avoué, celui-ci n'avait pas besoin, comme tout autre mandataire, d'un mandat spécial pour se présenter devant le juge, l'action en désaveu toujours réservée aux parties.

Enfin, on était, selon nous, dans la vérité même et dans le cœur de la question à juger en soutenant subsidiairement que quand l'avoué représentait la lettre de convocation et les titres de créance à lui remises par le créancier, il y avait dans le fait de cette remise mandat suffisant pour assister à la réunion.

Ces trois systèmes, même le dernier, ont été successivement rejetés, d'abord par le tribunal et la Cour de Caen, et dans une seconde espèce par le juge-commissaire du tribunal de Tours.

Ces deux décisions ont été déférées à la chambre des requêtes de la Cour de cassation qui, le même jour, 16 *novembre* 1859, rejeta les deux pourvois par deux arrêts distincts.

Les journaux judiciaires qui les ont recueilli [1] leur ont donné une grande place; ils ont fait ressortir toute l'importance de la question, non-seulement par son influence sur le sort de l'ordre amiable, mais encore au point de vue du droit des avoués et surtout de leur dignité professionnelle, gravement atteinte, selon eux, par ces décisions.

Elles furent précédées d'un débat intéressant et presque *contradictoire*, si ce mot est de mise à la chambre des requêtes.

Mais il arriva que les deux causes, bien que présentant la même question, furent distribuées à deux rapporteurs différents, et que ces honorables magistrats furent divisés d'opinion. Ce sont toujours les recueils judiciaires qui nous l'apprennent. Ils donnent même *in extenso* les motifs développés à l'appui de chaque système par les deux savants rapporteurs.

Ils nous apprennent aussi que M. l'avocat général insista vivement pour qu'une question neuve, née d'une loi nouvelle et qui divisait si profondément les deux conseillers rapporteurs fût soumise à un débat contradictoire devant la chambre civile, débat dont l'issue, selon lui, devait entraîner la cassation, au lieu du rejet prononcé.

[1] V. notamment Sirey, 1859, 1, 889, et Dalloz, 1860, 1, 5.

Digitized by Google

On ne peut s'empêcher de regretter, à part toute opinion personnelle, que ces conclusions n'aient pas été admises.

Le débat devant la chambre civile aurait présenté, entre autres avantages, celui de dégager la question de toutes les généralités dont on l'avait surchargée et de la concentrer dans ses termes les plus simples, c'est-à-dire dans les faits particuliers des deux espèces à juger.

Or cette question, encore une fois, consistait uniquement à savoir, dans les deux espèces, si la remise à un avoué des titres de créance et de la lettre de convocation constituait un suffisant mandat pour représenter le créancier.

La question ainsi réduite, et il n'y en avait pas d'autre, nous ne sommes pas sans quelque inquiétude sur la solution négative qu'elle a reçue à tous les degrés de juridiction.

On comprendrait très-bien le rejet prononcé par la chambre des requêtes si elle avait considéré que le pouvoir du juge-commissaire pour apprécier la validité d'un mandat était souverain et presque *discrétionnaire* et que, sous ce rapport, le pourvoi n'était pas admissible.

Mais il n'en fut pas ainsi : la question de droit fut directement abordée, discutée, résolue. Après avoir rappelé les faits tels qu'ils sont connus, les deux arrêts ajoutent en effet :

« Attendu *en droit* que la tentative d'ordre amiable organisée par l'article 751 du Code de procédure civile modifié a pour but de provoquer des consentements et de constater des refus, nécessitant l'expression de la volonté personnelle des parties, qu'elle implique par conséquent pour celle-ci l'obligation de comparaître en personne, que s'il leur est loisible d'exprimer leur volonté par l'organe d'autrui, ce ne peut être que par l'organe d'un mandataire *ayant pouvoir de répondre à l'objet de la comparution*, qu'ainsi l'a prescrit le législateur pour les cas analogues, notamment par l'article 53 du Code de procédure civile, pour le préliminaire de la conciliation devant le juge de paix ; que l'article 94 du décret du 27 ventôse an VIII ne confère aux avoués le droit d'agir pour les parties que dans les débats *judiciaires* et pour obtenir des décisions *judiciaires;* que leur office ne s'étend pas en dehors de ces limites qu'en vertu de dispositions expresses, et que l'article 362 du Code de procédure civile ne les admet même dans les instances judiciaires à donner ou accepter des consentements au nom de leur client qu'avec

Digitized by Google

un pouvoir spécial, qu'ainsi ils ne puisent pas dans leur titre qualité pour se présenter au nom des parties sur la convocation ayant pour objet le règlement amiable de l'ordre qui exclut l'existence de tout débat, de toute décision judiciaire et nécessite des consentements, et qu'ils *ne peuvent être admis à représenter les parties lors de cette convocation qu'en vertu de pouvoirs spéciaux, rejette.* »

Mais la question de savoir si *ces pouvoirs spéciaux* ne résultaient pas suffisamment de la remise à l'avoué de la lettre de convocation et des titres de créance, cette question, disons-nous, la seule à juger, est un peu restée dans l'ombre ou, pour mieux dire, elle a été confondue dans la théorie générale sur la mission ordinaire des avoués.

Pour ne pas tomber dans la même confusion, écartons d'abord cette théorie, selon nous, trop absolue.

Elle a été néanmoins soutenue avec beaucoup de talent et de chaleur par M. *Chauveau* qui, dans plusieurs passages de son Commentaire et notamment sur l'article 751 [1] s'étonne et s'indigne presque qu'on veuille disputer aux avoués le droit *exclusif* de représenter leurs clients dans l'ordre amiable essayé devant le juge, comme ils les représentent dans les contestations ordinaires, et cela sans mandat écrit.

« En résumé, dit-il après une longue et profonde dissertation, la loi générale, la loi spéciale, les convenances judiciaires, tout..... tout me paraît s'élever contre l'introduction des mandataires officieux dans le prétoire du juge. »

MM. *Grosse* et *Rameau* soutiennent le même système avec non moins de confiance.

Il est également enseigné par M. *Colmet-Daage*, professeur à la faculté de droit de Paris.

Il pense que, malgré la distinction qu'on veut faire entre les deux phases de l'ordre, *tout est judiciaire* dans l'une et dans l'autre soit par leur nature, soit par leurs conséquences.

Il admet cependant que le créancier puisse se présenter seul et en personne, « mais s'il se fait assister ou représenter à cette réunion, ajoute-t-il, il ne peut avoir recours qu'*à un avoué.* »

Si la loi était à faire on pourrait, on devrait tenir compte de ces graves autorités; mais la loi déjà faite n'admet pas, à notre sens, de discussion sur ce point.

[1] Question 2250, *septos.*

Digitized by Google

L'essai de conciliation qu'elle ordonne pour l'ordre est à peu près de la même nature que celui des articles 48 et suivants du Code de procédure civile pour les instances ordinaires, modifiés par la loi du 2 mai 1855 : la partie est convoquée par lettres, à la différence des ajournements ordinaires, pour se présenter en personne.

On lui donne néanmoins la faculté de se faire représenter par un mandataire; mais ce mandataire ne doit pas être nécessairement un *avoué;* il peut être choisi en dehors de cette profession.

Que le plus souvent, que presque toujours ce choix tombe sur un avoué, on le comprend très-bien, et nous répéterons volontiers avec M. Chauveau : « Malheur à celui qui croirait son droit assez fort pour venir en personne affronter le difficile examen des productions des autres créanciers. »

Le conseil est bon de se faire assister d'un avoué; mais il y a loin de là à l'*obligation* de cette assistance, à la postulation *exclusive et forcée* des avoués dans un ordre amiable qu'on a trop facilement comparé aux instances ordinaires. Jusqu'ici la chambre des requêtes nous paraît être dans le vrai.

L'exposé des motifs, le rapport, la circulaire interprétative de M. le garde des sceaux repoussent, au lieu de l'imposer, cette obligation, cette nécessité de se faire représenter par un avoué à l'ordre amiable.

« Il était inutile de dire, lisons-nous dans l'exposé des motifs et dans le rapport, que les parties peuvent être représentées par *des fondés de procuration* et assistés d'un conseil. »

Les avoués ne sont donc pas ici les mandataires exclusifs et forcés des parties.

La circulaire de M. le garde des sceaux est plus explicite :

« Les considérations, dit-il, qui ont déterminé le législateur à tenter l'ordre amiable ne permettent pas de penser que les créanciers *soient astreints à recourir au ministère des avoués;* le règlement a lieu sous la médiation du juge. »

Aussi tous les autres commentateurs ont-ils combattu la doctrine de M. Chauveau [1].

Mais M. *Chauveau* lui-même a eu la loyauté de nous indiquer contre son opinion une dernière autorité dont il est le premier

[1] V. notamment MM. *Paul Pont* et *Seligman*, p. 251, n° 172, et page 272, à la note; MM. *Mourlon* et *Olivier*, p. 483; M. *Bioche*, cité par eux, etc.

Digitized by Google

à reconnaître toute l'importance, celle de l'honorable rapporteur de la commission.

En effet, dans une lettre qu'il lui adressa le 3 octobre 1858 et qui a été imprimée, avec son autorisation, dans l'ouvrage même de M. Chauveau, M. Riché s'exprime en ces termes :

« MM. *Grosse* et *Rameau* veulent que, dans l'ordre amiable, le mandataire de chaque créancier *ne puisse être qu'un avoué;* les raisons qu'ils donnent aboutissent à exiger le ministère de l'avoué, même quand son client est présent, car s'il y a là une véritable instance judiciaire, le client ne peut (si ce n'est dans le Code de Genève) conclure et postuler lui-même.

« .....Mais bien qu'en fait l'avoué doive être le mandataire le plus fréquent et le plus indiqué, *je crois qu'il est contraire à l'esprit de la loi* d'empêcher un créancier qui peut ne pas connaître d'avoués ou les voir tous occupés par d'autres créanciers, d'envoyer comme mandataire le notaire qui a fait le placement ou un ami, ou un correspondant gratuit. Il est tout à fait *contraire à l'esprit de la loi* d'imposer à un créancier présent *un avoué,* même pour dire qu'il consent, un avoué comme l'exige la logique du système de MM. Grosse et Rameau. »

La lettre continue de combattre ce système; mais nous croyons inutile de poursuivre et même de présenter d'autres arguments et d'autres autorités qui l'excluent.

Nous aimons mieux espérer que leurs partisans les modifieront eux-mêmes dans l'intérêt vrai des officiers ministériels, dont ils ont pris trop chaleureusement la défense, et auxquels il peut être donné loyale satisfaction par un moyen moins absolu, qui protégera tout aussi bien leur dignité professionnelle que l'intérêt de leurs clients.

Or ce moyen, nous l'avons déjà indiqué, et c'est ici que nous sommes obligés de nous séparer des deux arrêts précités de la chambre des requêtes.

N'oublions pas, comme on lui reproche d'avoir oublié, que dans les deux espèces sur lesquelles elle a prononcé il s'agissait uniquement de savoir si le créancier qui avait remis à un avoué du tribunal, devant lequel se poursuivait l'ordre, sa lettre de convocation et ses titres de créance, si ce créancier, disons-nous, devait être considéré comme absent et condamné à l'amende, alors que l'avoué se présentait pour lui muni de ces pièces devant le juge-commissaire, alors encore qu'aucune des

Digitized by Google

parties ne contestait la réalité, la validité de ses pouvoirs.

Pour établir en peu de mots la négative, nous demandons la permission de nous placer sur un terrain autre que celui accepté jusqu'à présent par les deux opinions contraires et de préciser avant tout la théorie du mandat, trop négligée dans cette discussion.

En règle générale, le mandat doit être formel et ses termes ne peuvent être dépassés.

Il peut être donné par acte authentique ou privé, par *lettre* et même *verbalement.*

Telle est la disposition expresse de l'article 1985 du Code Napoléon.

Cet article admet aussi le mandat et l'acceptation *tacites*, deux actes correctifs qui peuvent s'établir de la même manière.

Cependant quelques auteurs, se fondant sur le texte même de cet article 1985, ont prétendu que l'acceptation seule pouvait être *tacite* et non pas le mandat.

Il faut voir avec quelle puissance de logique, de raison et de savoir l'illustre auteur du *Traité du mandat*[1] combat et détruit cette erreur, et montre que le Code Napoléon, loin d'avoir innové en ce point, n'a fait, au contraire, que consacrer les anciens et vrais principes sur le mandat tacite.

Si intéressante que soit cette discussion, il serait d'autant plus inutile de la reproduire ici que de toutes parts on convient qu'il peut y avoir un acte, *un fait* tellement précis, *tellement significatif*, que le mandat soit établi sans autre preuve écrite ou verbale, et tous les auteurs, d'accord sur ce point, donnent précisément pour exemple la remise de fonds à un notaire pour les placer, ou la remise de pièces à un avoué pour représenter celui qui fait cette remise uniquement dans ce but.

Mais la loi est encore plus explicite que la doctrine.

La restitution d'un titre privé, la remise volontaire de la grosse d'un acte public fait preuve du payement (art. 1282 et 1283 C. Nap.).

La remise des titres à un *huissier* suffit pour lui donner mandat de faire toutes les exécutions, sauf la saisie immobilière et l'emprisonnement (art. 556 C. de proc. civ.).

[1] M. le premier président Troplong, *Traité du mandat*, art. 1985.

Digitized by Google

Mais dans ce Code lui-même, nous trouvons une disposition encore plus directe.

La levée des scellés, procédure si importante et entourée, à juste titre, de sévères précautions, doit se faire en présence des parties ou de leurs mandataires.

« Si parmi les mandataires, ajoute l'art. 932, il se trouve des avoués près le tribunal de première instance du ressort, ils justifieront de leurs pouvoirs *par la représentation du titre de leurs parties.* »

Ils n'ont pas besoin d'autre mandat. Ce mandat est tout entier dans le seul *fait* de la remise des pièces et de leur présentation.

Et il n'en serait pas ainsi pour l'ordre amiable, sous prétexte que le décret du 27 ventôse an VIII ne confère aux avoués le droit d'agir pour les parties que dans les *débats judiciaires et pour obtenir des décisions judiciaires!*

Mais la levée des scellés par le juge de paix est bien moins un *débat judiciaire* que l'ordre essayé devant un *juge* qui rend, même en cas de conciliation, des décisions *judiciaires* importantes, telles que la délivrance des bordereaux et la radiation des inscriptions hypothécaires.

L'objection tirée de la loi de l'an VIII ne saurait donc nous arrêter en présence de l'article 932 du Code de procédure civile.

Mais il est une objection plus spécieuse et qui semble avoir déterminé principalement les arrêts que nous examinons.

Elle est puisée, comme on l'a vu, dans l'article 352 du Code de procédure civile, qui dispose, en effet, « qu'aucunes offres, aucun aveu ou consentement ne pourront être faits, donnés et acceptés sans un *pouvoir spécial* à peine de désaveu. »

Or pour arriver à l'ordre amiable, ajoute-t-on, c'est-à-dire à une transaction, il faut nécessairement des *consentements*, des *renonciations*, *des mainlevées d'inscriptions hypothécaires*, toutes choses qui exigent des mandats écrits et formels.

Si cette objection est fondée, il faut se hâter d'en conclure que le pouvoir spécial doit être en forme *authentique*, puisqu'il est vrai qu'une radiation d'inscription hypothécaire, par exemple, ne peut avoir lieu qu'en vertu d'un tel acte, selon le vœu formel de l'article 2158 du Code Napoléon.

Or nous ne connaissons pas d'auteur ni de juge-commissaire qui aient poussé l'exigence aussi loin.

Digitized by Google

Nous nous trompons :

Dans l'espèce d'un arrêt récent de la Cour d'Aix (Sirey, 1860, 2, 165), nous voyons le juge-commissaire du tribunal de Marseille condamner une dame *Mortuel* à l'amende de 25 francs pour ne pas s'être fait représenter devant lui, bien qu'elle eût donné à un avoué une procuration spéciale *sous seing privé et enregistrée.*

« Nous n'avons pas cru devoir accepter cette procuration, dit le juge-commissaire, comme dispensant la dame *Mortuel* de la comparution personnelle, parce que dans notre opinion le créancier non comparant doit donner une procuration dont le caractère autorise le juge à ordonner la *radiation d'une inscription.* »

Cette décision attaquée devant la Cour impériale d'Aix fut réformée par le motif principal « que la radiation des hypothèques ne se faisait pas en vertu d'un mandat donné ni en vertu du consentement direct des parties, mais bien exclusivement *en force de l'ordonnance du juge* agissant dans la limite de la juridiction qui lui est accordée par la loi. »

« On ne peut donc faire à l'espèce, ajoute l'arrêt, l'application de l'article 2158 du Code Napoléon, la dame *Mortuel* ayant été valablement représentée par un mandataire porteur de sa procuration sous seing privé dûment enregistrée, il n'y avait pas lieu à la condamner à l'amende : infirme, etc. »

On voit que les motifs de cette décision s'appliquent tout aussi bien au mandat tacite résultant d'un fait comme au mandat écrit, puisque, d'après l'arrêt, ce n'est pas en vertu de ces mandats, mais bien par *la force de l'ordonnance du juge* que les radiations s'opèrent, ce qui est diamétralement contraire à la doctrine des deux arrêts de la chambre des requêtes du 16 novembre 1859.

Il y aurait encore une autre raison pour dispenser l'avoué d'un mandat public ou privé, au moins dans la première réunion des créanciers, et cette raison, admise dans la pratique et par les auteurs, est celle-ci : Si, par suite des explications de la première séance, le mandat exprès, tacite, public ou privé n'était pas suffisant pour clôturer l'ordre amiable qui peut durer *un mois,* d'après la loi, on renvoie à une prochaine séance, et alors l'avoué amène son client en personne ou reparaît avec des

Digitized by Google

pouvoirs plus amples et plus authentiques, si on les juge absolument nécessaires [1].

Mais renvoyer, sans vouloir l'entendre, l'avoué attaché au tribunal où l'ordre se poursuit et qui se présente devant un juge de ce tribunal au nom d'un créancier convoqué porteur de la lettre de convocation et des titres de créance, le repousser comme un intrus, comme un mandataire inconnu ou suspect, alors qu'à ces pièces produites il joint l'affirmation de sa parole et de sa présence, alors que ses pouvoirs ne sont contestés par aucun des intéressés, condamner d'office son client à l'amende pour ne s'être pas fait représenter assez complétement, lui dénier le bénéfice de la conciliation, compromettre par cela même la conciliation des autres créanciers, voilà, nous ne saurions trop le répéter, ce qui nous paraît aussi contraire au texte et à l'esprit de la loi qu'à la bonne administration de la justice et au succès de cet ordre amiable nouvellement introduit, succès qui nous paraîtrait sérieusement compromis si la sévérité des deux arrêts ci-dessus était maintenue.

Nous comprendrions, comme quelques-uns des auteurs cités, que si un capital avait été remis au notaire dans un autre objet que sa collocation; que si les pièces avaient été remises à l'avoué dans un tout autre but que de représenter le créancier à l'ordre, nous comprendrions qu'il n'y aurait pas mandat; mais la preuve incomberait à celui qui soutiendrait qu'on a faussé la véritable destination de ces remises volontaires. Jusque-là elles feraient preuve du mandat.

Et à quelles autres fins que de le représenter à l'ordre un créancier remet-il à un avoué sa lettre de convocation à ce même ordre et les titres de la créance qui doit s'y débattre? Quel mandat plus exprès? Quel acte plus significatif? Quelle volonté mieux exprimée?

A-t-on jamais vu l'exemple d'un avoué se présentant devant le

[1] On a demandé si quand le juge-commissaire reconnaît, dès les premières séances, l'impossibilité d'un ordre amiable il peut ouvrir l'ordre judiciaire avant l'expiration *du mois*. La Cour de Nîmes s'est prononcée pour l'affirmative par un arrêt du 9 mai 1861 (Dalloz, 1861, 2, 16). L'arrêtiste critique sévèrement cet arrêt, en s'appuyant sur l'autorité de MM. *Olivier* et *Mourlon*, n° 325. Mais ces auteurs font une exception pour le cas où tous les créanciers *consentiraient* à passer outre avant l'expiration du mois. C'était précisément les cas de l'espèce jugée par l'arrêt de Nîmes. Il est également rapporté par *Sirey*, 1861, 2, 218. Ses motifs nous paraissent très-juridiques.

Digitized by Google

juge sans mandat ou avec un mandat supposé, et s'exposant ainsi bénévolement, audacieusement à une action en désaveu, à des dommages-intérêts, à des poursuites disciplinaires, à la perte de l'estime, de la confiance du tribunal et de ses confrères?

Nous avons lu avec peine dans des ouvrages récents de vieilles épigrammes renouvelées de *Voltaire* contre les procureurs, qu'il faut, dit-il, éloigner soigneusement de tout essai de conciliation sous peine de le faire avorter.

Ces traits ne portent plus : ils peuvent égayer encore les jeux de la scène et les esprits superficiels, mais il semble qu'ils ne devraient pas trouver place dans des écrits sérieux.

Leurs auteurs savent bien de quelle haute confiance la loi, les tribunaux et les parties entourent ces officiers publics. Dans le titre même qui nous occupe, leur intervention est nécessaire, obligatoire, avant l'ordre amiable et pour le requérir; ils s'identifient tellement avec leurs clients que c'est à eux-mêmes, à eux seuls qu'on fait les notifications les plus importantes, celles qui font courir les délais les plus rigoureux dont l'expiration entraîne des déchéances fatales (art. 750, 753, 754, 755, 758, 762, 763, etc.). Et après cette confiance aveugle dont on les honore, on les traiterait ici seulement avec une défiance presque injurieuse dont le premier effet serait encore une fois de compromettre le sort de la loi!

Ils pourraient, dites-vous, nuire à la conclusion des ordres amiables? Interrogez MM. les juges-commissaires et tous vous diront qu'ils n'ont pas de meilleurs auxiliaires que les avoués pour remplir leur mission; que sans eux, sans l'influence salutaire qu'ils exercent sur leurs clients, et que le juge exerce à son tour sur les avoués, cette mission leur serait difficile, pénible, quelquefois impossible, et que s'ils n'admettaient dans leur prétoire que les parties elles-mêmes avec leur inexpérience des affaires et leurs passions ou des praticiens inconnus, trop connus peut-être, ces juges-commissaires verraient souvent leurs tentatives infructueuses et ils n'auraient pas eu la satisfaction de présenter, dans les sept mois qui ont suivi la promulgation de la loi nouvelle, un total de 761 ordres amiables, ni l'espérance d'accroître ce nombre dans l'avenir.

Cette espérance déjà réalisée se réalisera mieux encore si au lieu de décourager l'intervention des avoués on la favorise au contraire, non pas en rendant cette intervention obligatoire,

Digitized by Google

mais en accueillant le mandat tacite qui résulte pour eux de la remise des pièces, de la volonté des parties, exprimée et déjà exécutée par cette remise elle-même.

Quelques auteurs, peu favorables à tout ce qui a l'apparence d'un *privilége*, concéderaient aisément que cette remise devrait valoir mandat, mais pour tout le monde indistinctement.

Voici notamment comment s'expriment MM. *Olivier* et *Mourlon*, page 493 :

« M. *Bioche* (journal, p. 275 et 325) pense comme nous que le ministère des avoués n'est pas obligatoire ; seulement il croit que l'avoué n'a pas besoin d'une procuration spéciale; *il est de principe*, dit-il, *que la remise des titres vaut pouvoir à l'avoué, non-seulement quand son ministère est nécessaire, mais quand il est facultatif* (et il cite les matières correctionnelles et de référé).

« *L'opinion de M. Bioche est fondée*, continuent les auteurs précités, *à condition qu'on la généralise* en l'étendant à tous les autres mandataires.

« Qu'on n'objecte pas, disent-ils encore, en rentrant dans l'arrêt précité de la Cour impériale d'Aix, que tout mandat qui tend à la radiation d'une hypothèque doit être *authentique* et par conséquent ne peut être *tacite*. Nous répondrons que le mandat donné de débattre et de conclure un ordre amiable n'a pas pour objet principal et direct la radiation d'une hypothèque. Cette radiation résultera *de l'ordonnance du juge-commissaire.* »

Nous accepterions plutôt l'extension du mandat *tacite* à toute personne que de le voir refuser aux avoués. Mais cette extension est-elle dans l'esprit de la loi? N'a-t-elle pas fait au contraire, ici comme partout, une distinction raisonnable et obligée entre l'officier public assermenté, soumis à des conditions d'aptitude, de discipline, de responsabilité et l'individu qui n'a cherché à remplir aucune de ces conditions et qui n'est retenu par aucun de ces liens moraux et légaux qui offrent à la justice une si puissante garantie? et c'est bien ce *privilége* accessible à tous, créé par la force des choses et par la loi elle-même, qui a été consacré, dans la question qui nous occupe, par la disposition expresse de cet article 932 qui voit le mandat exprès de l'avoué dans la seule remise des pièces, disposition dictée par l'intérêt des justiciables et à laquelle on ne saurait donner une

Digitized by Google

trop large application dans les cas analogues et plus favorables, alors surtout qu'elle n'a jamais été restreinte par aucun autre texte.

On le chercherait vainement dans la loi que nous examinons; son esprit général repousse, au contraire, une si étrange dérogation; et si on pouvait conserver quelques doutes à cet égard, nous n'aurions qu'à reprendre la lecture interrompue de la lettre écrite par l'honorable rapporteur de cette loi quelques jours après sa promulgation.

Après avoir réfuté, comme on l'a vu, l'intervention obligatoire des avoués, la lettre continue : « Tout ce qu'il y a à faire est d'encourager et de régulariser l'emploi qui sera le plus fréquent des *avoués*. On a tort en conciliation de juge de paix de ne pas regarder comme pouvoir suffisant *la possession des pièces par un mandataire quand c'est un officier public du lieu.* J'espère bien que, comme on l'a admis dans nos régions, on considéra cette *remise de pièces comme pouvoir suffisant de l'absent à un avoué du siége.* 2 francs 55 centimes d'économie ne sont pas à dédaigner par un créancier de 500 francs dans un ordre de 2,000 francs, cas le plus fréquent en province. »

Ces 2 *francs* 55 *centimes* ne sont pas assurément le grand côté de la question; toutefois, l'argument grandirait avec la somme si l'on persistait à exiger une procuration *authentique*. Mais, indépendamment de cette considération de frais et de taxe qui a bien sa valeur dans *les petits ordres*, il existe en faveur de la solution proposée des raisons d'un ordre supérieur, puisées dans les principes généraux du mandat, dans l'esprit de la loi ancienne et *à fortiori* de la loi nouvelle, dans son application spéciale qui continue à Paris et en province, même depuis les arrêts de la chambre des requêtes. Aussi est-il permis d'espérer que sans recourir à l'interprétation législative, qui d'ailleurs ne serait pas douteuse, la jurisprudence tranchera elle-même la question, si elle se représente, dans le sens qui rendra les ordres amiables plus faciles et plus nombreux.

IV. *Quelle est la voie de recours contre l'ordonnance du juge-commissaire qui condamne un créancier à l'amende ?*

Cette question s'élevait à côté des questions précédentes dans les trois espèces que nous venons de rapporter.

Et chose singulière! Elle a été résolue de trois manières

Digitized by Google

différentes par les trois décisions intervenues, tant il est vrai que l'application d'une loi nouvelle soulève des difficultés inaperçues d'abord, et dont on s'étonne plus tard!

Dans la première espèce, le créancier condamné à l'amende par le juge-commissaire se pourvoit par opposition devant lui.

Celui-ci renvoya la cause devant le tribunal (de Caen) qui statua sur l'opposition, en démit le créancier et maintint l'amende prononcée contre lui.

Il appela devant la Cour impériale qui déclara son appel recevable, mais qui l'en débouta au fonds.

Ainsi on peut dire que pour cette amende de 25 francs, trois degrés de juridiction furent successivement parcourus : 1° celui du juge-commissaire; 2° celui du tribunal; 3° celui de la Cour impériale, sans compter le pourvoi en cassation qui suivit et qui échoua, de sorte que ce pauvre créancier, accablé de frais, paya plus de *trente fois* la valeur de l'amende qu'il voulait éviter, ce qui dut lui inspirer probablement quelques doutes sur les bienfaits de la loi nouvelle.

Dans la seconde espèce, au contraire, l'ordonnance du juge-commissaire (de Tours) ne fut attaquée ni par opposition devant lui, ni par recours au tribunal, ni par appel devant la Cour impériale.

Le créancier condamné se pourvut directement en cassation. On n'opposa aucune fin de non-recevoir contre ce pourvoi qui fut rejeté, comme on l'a vu, par des motifs du fonds.

Enfin, dans la troisième espèce (dame *Mortuel*), l'opposition fut portée devant le juge-commissaire de Marseille; il se reconnut compétent, débouta de l'opposition et maintint l'amende.

Appel devant la Cour impériale d'Aix, qui déclara l'appel recevable, réforma l'ordonnance du juge-commissaire et déchargea le créancier de l'amende.

Voilà donc, ainsi que nous le disions, trois modes de procéder, tous trois différents, et que tous ont été consacrés successivement par la justice.

La doctrine offre les mêmes incertitudes et les mêmes variations. Il faudrait bien cependant savoir à quoi s'en tenir sur une question si facile en apparence et qui va se représenter dans presque tous les ordres.

Et d'abord peut-on se pourvoir par *opposition* devant le juge-

Digitized by Google

commissaire contre la condamnation à l'amende par lui prononcée?

L'affirmative ne semble pas douteuse, car cette ordonnance est bien par *défaut*, puisque c'est précisément le défaut lui-même qui est puni par l'amende.

Cependant des auteurs graves refusent la voie de l'opposition; ils vont même jusqu'à dénier au juge-commissaire le droit de rétracter l'amende une fois prononcée.

« *Aucune excuse n'est légitime*, disent-ils; s'il en était autrement, si l'on admettait des excuses peu à peu, la sanction de la loi deviendrait dérisoire, l'ordre de conciliation ne produirait aucun résultat sérieux; l'amende prononcée ne devra être supprimée que lorsque le créancier prouvera qu'il a été oublié ou mal appelé[1]. »

Et quand il prouvera qu'il a été valablement représenté? ou que sa présence était complétement inutile, à défaut d'intérêt, ou qu'il a été empêché par des motifs légitimes sérieux, par la force majeure, par exemple?

Le juge-commissaire ne pourra-t-il point dans ces cas rétracter une condamnation dont il reconnaît l'injustice?

Ceci serait peu libéral et surtout peu conforme aux règles du droit commun, du droit criminel lui-même, si sévère qu'il soit. Les témoins et les jurés sont excusés ou relevés de l'amende quand ils justifient leur absence par une cause légitime. De même devant le juge de paix, de même devant le jury d'expropriation, de même partout.

A-t-on voulu se montrer plus inexorable parce qu'il s'agissait de *conciliation?*

Remarquons d'ailleurs qu'il s'agit moins ici d'une *opposition* proprement dite que d'une explication, d'une excuse présentée au juge par le créancier qui n'a pu comparaître. Si l'excuse est mauvaise, le juge la rejette; si elle est bonne et légitime, pourquoi donc l'empêcher de l'accueillir?

C'est le juge lui-même qui en est le souverain appréciateur. On ne comprendrait pas que sa décision fût déférée au tribunal dont il est le délégué.

On comprend bien moins encore, malgré les précédents ci-

[1] MM. *Olivier* et *Mourlon*, n° 319, 3e partie. — V. en sens contraire MM. *Paul Pont* et *Seligman*, p. 274, à la note; M. *Bressoles*, p. 28; MM. *Grosse* et *Rameau*, n° 294, et *Chauveau*, p. 64, note 2.

Digitized by Google

dessus, qu'elle fût portée par appel devant une Cour impériale.

Il s'agit, ne l'oublions pas, d'une amende de 25 *francs*. Or, sous quelque rapport qu'on l'envisage, civil ou correctionnel, elle est prononcée en dernier ressort. Elle le serait même par un juge de paix.

Ceci est admis sans difficulté, même par la Cour de Caen, qui déclare que l'appel en pareil cas *répugne évidemment à l'esprit de la loi du* 21 *mai* 1858.

« Mais attendu, dit-elle, que dans l'espèce actuelle il ne s'agit pas seulement de savoir si en fait *Hurel* (le créancier condamné à l'amende) avait un motif légitime d'empêchement pour ne point comparaître devant le juge-commissaire; qu'il soutient avoir réellement comparu par un mandataire qui avait le pouvoir de le représenter, et qu'à tort le juge-commissaire n'a pas essayé de régler amiablement les créanciers; que la question ainsi élargie offre un intérêt grave et indéterminé, non-seulement pour *Hurel*, mais encore pour tous les autres créanciers, notamment pour celui sur lequel les fonds manqueront à l'état d'ordre, et dont la collocation se trouvera réduite du montant de tous les frais privilégiés que la tenue de cet état d'ordre entraînera, lesquels auraient été évités si le règlement amiable eût réussi; que c'est par ce motif que le juge-commissaire a renvoyé devant le tribunal, et que le jugement, qui par suite de ce renvoi a été rendu, a pu, d'après les principes du droit commun, être frappé d'appel. »

Cette distinction, imaginée pour justifier à la fois le référé au tribunal et l'appel devant la Cour, nous paraît manquer de justesse.

D'une part, en effet, l'absence d'un créancier n'empêche pas toujours de régler l'ordre amiable entre les autres, et quand le règlement a lieu, le créancier non comparant n'en est pas moins passible de l'amende *pour peine de sa désobéissance à la justice*, ainsi que l'a très-bien dit un des arrêts de la Cour, discutés dans le numéro précédent, sauf toujours, selon nous, l'excuse légitime de l'absent.

D'autre part, pourquoi exciper des droits de tiers dans une question d'amende, dans une question individuelle, et notamment des droits du dernier créancier colloqué, qui pourra les faire valoir, soit quant aux intérêts, soit quant aux frais,

Digitized by Google

lors du règlement prévu par les articles 766 et 768 de la loi nouvelle?

Enfin, si la distinction de l'arrêt de Caen était admise, il en résulterait cette anomalie déjà signalée que, dans un cas, il y aurait pour ainsi dire contre l'ordonnance du juge trois degrés de juridiction, et que, dans un autre cas parfaitement identique, elle ne pourrait être attaquée que par le pourvoi en cassation, car on n'a pas oublié que dans toutes les espèces rapportées il s'agissait, non d'une impossibilité alléguée de se présenter, mais uniquement de la question de savoir si l'avoué, nanti de pièces, était suffisamment autorisé à comparaître pour celui qui les lui avait remises.

Ajoutons que la question a été préjugée par la Cour de cassation elle-même dans l'un des arrêts précités; car, saisie directement d'un pourvoi contre l'ordonnance du juge qui prononçait une amende, elle n'a pas déclaré ce pourvoi irrecevable, ce qu'elle n'eût pas manqué de faire, même d'office, si cette ordonnance avait pu être attaquée par d'autres voies.

Concluons donc de ce qui précède : 1° que le créancier condamné à l'amende pour non-comparution peut présenter et faire agréer ses excuses au juge-commissaire lui-même; 2° que si elles sont rejetées et la condamnation maintenue, il n'y a contre elle que le recours en cassation.

Sur ce dernier point, contrairement au premier, nous pouvons invoquer l'opinion de MM. Olivier et Mourlon[1] : ils proposent même un autre moyen contre la décision du juge-commissaire, *la plainte devant les supérieurs hiérarchiques*. Mais pourquoi? dans quel but? Nous ne comprenons pas ce mode de recours.

V. *Délai fatal pour produire les titres de créance. Déchéance absolue encourue de plein droit et prononcée immédiatement et d'office* (art. 754 et 755.)

Voilà certainement l'innovation la plus radicale, la plus sévère, la plus inattendue de la loi du 21 mai 1858.

Jusqu'à cette loi, les créanciers qui ne produisaient pas leurs titres dans le mois de la sommation supportaient les frais de leur production tardive et de ses suites; ils étaient, en outre, garants des intérêts depuis le jour où ils auraient cessé de cou-

[1] P. 531.

Digitized by Google

rir, si leur production avait été faite dans le délai fixé. C'est la disposition de l'article 757 de l'ancien Code.

Aujourd'hui on accorde aux créanciers *dix jours* de plus pour produire, c'est-à-dire *quarante* jours au lieu de *trente*.

Mais ces dix jours, on les leur fait payer bien cher! Il ne s'agit plus, en effet, de punir un léger retard par des frais et des intérêts : la créance entière est irrévocablement perdue, anéantie, confisquée, si légitime, si ancienne qu'elle soit par sa date et par son rang d'hypothèques. Les retardataires d'un seul jour sont à jamais déchus. On leur répète le mot néfaste : *il est trop tard*. La déchéance a lieu de plein droit; elle est prononcée *immédiatement et d'office* par le commissaire. Rien ne peut la prévenir ni la faire rétracter une fois encourue. Les causes les plus graves et les plus légitimes, les nécessités les plus impérieuses, l'impossibilité même, ne peuvent trouver grâce devant le nouvel article; il est impitoyable.

Sans doute il faut un terme à tout et principalement aux procédures judiciaires. Les abréger et les simplifier est la mission la plus importante du législateur, ainsi que nous avons essayé de le prouver dans le cours de cet essai, mais non pas aux dépens du droit et de la justice.

Que la loi se prémunisse avec soin contre la négligence et la mauvaise foi; qu'elle pose des limites rigoureuses, qu'elle édicte des peines et des déchéances, qu'elle établisse des prescriptions, des termes infranchissables pour attaquer des décisions judiciaires ou faire d'autres actes, on le comprend très-bien, et nos Codes n'ont pas failli à cette nécessité.

Mais pour le cas actuel et d'autres cas semblables, qu'il ne faut pas confondre avec la prescription, l'appel, l'opposition, etc., nos Codes n'avaient pas déployé une telle rigueur, et on l'introduit précisément et pour la première fois dans la loi même qui, par un grand nombre de sages dispositions, corrige et prévient les abus de l'ancienne en donnant une marche plus rapide et plus sûre à cette procédure d'ordre trop livrée jusque-là au caprice des parties intéressées; de sorte qu'on pourrait dire que si le nouvel article eût existé, c'eût été le cas de le supprimer, en présence des précautions nouvelles; car plus on se prémunit contre le retour de ces anciens abus, moins il semblait nécessaire de recourir tout à coup sans gradation, sans intermédiaire, sans excuse possible, à ce moyen extrême,

Digitized by Google

violent, qui, à la place d'une amende, de frais, de dommages-intérêts, peine proportionnée à la faute, prononce de suite la peine capitale, la mort de la créance entière, sa confiscation irrévocable, comme s'il s'agissait de réparer civilement un crime, un délit, un dommage équivalent au chiffre de la créance : et cette créance si considérable, si privilégiée qu'elle soit, on en dépouille à l'instant le vrai propriétaire, pour la jeter en épave à des créanciers ultérieurs, imprudents peut-être, résignés déjà à leur rang, et qui, éblouis de ce coup de fortune inespéré, peuvent s'imaginer avoir reconquis à la loterie ou à la bourse leurs créances perdues.

Chacun peut faire l'hypothèse où s'accomplira cette grande iniquité. Heureux ceux qui n'en seront pas les victimes !

Elle fut signalée à la commission du Corps législatif par un de ses honorables membres, M. le député Millet. Frappé de cette brusque innovation qui n'avait de précédent ni dans notre législation ni dans les législations étrangères, il demandait au moins que le juge-commissaire ne fût pas contraint de prononcer la fatale déchéance à l'instant même et qu'il lui fût permis de proroger un peu le délai pour *causes graves*, ainsi qu'on le peut faire dans des cas moins favorables.

On lui répondit textuellement « que ce serait exposer le juge à des obsessions, les obsessions pourraient conduire à des tolérances, les tolérances à la tolérance pour tous, ou au privilége pour quelques-uns[1]. »

Cette défiance envers la magistrature est nouvelle aussi. La loi ne l'y avait pas accoutumée : elle lui a donné, au contraire, non-seulement en matière criminelle, mais aussi en matière civile, des pouvoirs autrement considérables que celui qu'on lui dénie aujourd'hui. Ainsi, quand le juge ordonne l'arrestation et la mise en liberté d'un citoyen, quand il accorde des délais selon le cas, quand il proroge le terme expiré d'une créance, quand il sursoit aux poursuites, quand il prononce, en référé, les décisions les plus importantes, quand enfin et pour nous rapprocher davantage de la question actuelle, il ajourne même l'adjudication d'immeubles saisis pour *causes graves dûment justifiées*, on n'a pas craint, en lui confiant ces pouvoirs et bien d'autres, ni les obsessions, ni les tolérances, ni les priviléges ;

[1] V. le Rapport, p. 53.

Digitized by Google

cette crainte, on ne l'a jamais éprouvée dans notre pays. L'honorable rapporteur ne l'éprouve pas lui-même, et dans cette loi qu'il a préparée par son remarquable travail, on retrouve une disposition qui rend au juge toute la confiance de la loi et qui lui permet de faire la part de certaines circonstances exceptionnelles.

Ainsi, l'article 761, bien voisin de ceux que nous discutons, dispose en effet :

..... Le tribunal statue sur les pièces produites ; néanmoins *il peut*, mais seulement pour *causes graves et dûment justifiées, accorder un délai* pour en produire d'autres.

C'est l'amendement transporté de M. *Millet*.

On dira peut-être que la position n'était pas la même ; que là il s'agissait de punir de suite l'absence totale de production ; qu'ici au contraire il y avait déjà une production partielle, et que c'est pour la compléter que le juge peut accorder exceptionnellement un délai.

Nous comprenons très-bien la différence, mais à notre sens, le premier cas est beaucoup plus favorable que le second.

Dans celui-là, en effet, il s'agit d'éviter une déchéance absolue, une perte irréparable ;

Dans celui-ci, d'ajouter seulement des pièces nouvelles aux pièces déjà fournies.

Que si l'on admet, dans le premier cas, que le créancier a volontairement désobéi à la justice, qu'il y a de sa part mauvaise foi ou négligence grave qui lui ressemble, nous concevrions la rigueur dont il est l'objet.

Mais c'est précisément dans le cas inverse, dans la supposition de la bonne foi, de la bonne volonté paralysée par des causes graves et dûment justifiées, qu'on demandait l'examen et l'appréciation de ces causes, et on l'a refusé : on ne craint pas de retarder la marche d'une procédure rapide et d'autoriser un délai pour *achever* une production commencée, et pour la *commencer*, pour se présenter, on ne veut pas accorder un jour, une heure, on ne veut pas seulement examiner les causes du retard, causes qui pourraient être tellement impérieuses qu'elles seraient admises sans difficulté par les praticiens les plus sévères.

Nous aurions aimé, dans l'intérêt de la justice et de la défense, de retrouver la même faculté aux deux époques, dans

Digitized by Google

les deux cas, dans les deux articles; mais en vérité, si l'on n'avait dû l'écrire que dans l'un, nous aurions de beaucoup préféré le premier au second. Il y avait des motifs plus graves.

Ajoutons que les principales pièces à produire pour le créancier sont ordinairement son titre et son inscription hypothécaire, et quand il a fait cette production, il n'est pas toujours aisé de comprendre qu'il puisse demander et obtenir un délai et même plusieurs, selon quelques auteurs [1], pour présenter des pièces nouvelles. Ici, encore une fois, on est bien indulgent, là on est bien sévère. Pourquoi ne pas laisser l'appréciation au juge dans l'un et l'autre cas?

L'honorable rapporteur a bien compris que l'assimilation qu'on avait essayée entre le délai pour produire dans un ordre et les délais de l'opposition, de l'appel et de la prescription, etc., manquait de justesse, et il a cherché un argument plus spécieux et plus direct dans le Code de procédure lui-même et dans un titre voisin de celui qui nous occupe et presque analogue, celui de *la distribution par contribution*.

L'article 660 de ce titre dispose en effet :

« Dans le mois de la sommation, les créanciers opposants produiront, *à peine de forclusion*, leurs titres ès mains du juge-commis, avec acte contenant demande en collocation et constitution d'avoué. »

Sans vouloir insister ici sur la différence qu'il peut y avoir entre la *déchéance* et la *forclusion*, différence signalée par la loi nouvelle elle-même dans les articles 755 et 756, faisons remarquer d'abord que la disposition ci-dessus transcrite paraissait déjà excessive, même en matière *mobilière*, et que ceux qui en demandaient la modification étaient loin de penser qu'un jour on l'étendrait aux ventes immobilières et à la répartition du prix de ces ventes, matière bien différente de l'autre et où l'appréciation de titres authentiques et des inscriptions hypothécaires soulève ces difficultés nombreuses, déjà signalées, et dont aucune ne peut se reproduire dans la distribution par contribution.

Remarquons ensuite que même dans ce dernier cas la jurisprudence luttait contre le texte, tant il lui paraissait fertile en injustices.

[1] M. *Chauveau*, p. 201, n° 2581; M. *Seligman* pense, au contraire, que le juge ne peut accorder qu'un délai *unique*, p. 343.

Digitized by Google

La Cour de Paris fut la première à décider, par un arrêt du 11 décembre 1822[1], qu'il résultait de la combinaison des articles 660 et 663 du Code de procédure civile qu'un créancier n'est forclos de produire en contributions après l'expiration du mois que lorsque le commissaire a *clos son procès-verbal et arrêté le règlement provisoire.*

Le 19 *novembre* 1842, la Cour de Limoges a rendu un arrêt semblable[2].

Certes nous n'invoquons pas ces décisions comme parfaitement juridiques, mais uniquement pour montrer la tendance des tribunaux à rendre moins rude et plus équitable dans l'application un texte qui leur paraissait trop rigoureux, tendance que nous n'approuvons pas davantage, malgré cette explication, car au législateur seul appartient le droit de corriger la loi ; les tribunaux doivent l'appliquer, si dure qu'elle leur paraisse.

Si celle qui nous occupe avait ce caractère dans la distribution par contribution, on peut juger de son effet dans l'ordre. Sa transplantation de l'un de ces titres à l'autre, sous prétexte d'analogie, ne nous paraît pas heureuse : ce nouveau terrain lui sera mortel[3].

Mais puisqu'on voulait absolument emprunter quelque part, comme pour décliner le mérite de l'invention, pourquoi ne pas

[1] Sirey, *Coll.*, t. VII, 2, 134.

[2] Sirey, 1843, 2, 128.

[3] Les modifications apportées au titre de l'*ordre* semblaient appeler des modifications correspondantes au titre de la *distribution par contribution* qui n'est réellement qu'un ordre en matière mobilière. Or ce dernier titre est resté tel qu'il fut décrété en 1807. L'essai de conciliation ne lui a même pas été accordé; les délais et les formalités n'ont été ni abrégées ni simplifiées. De là, entre les deux procédures, des anomalies regrettables qui se résument ainsi dans les dernières statistiques. Les frais de la distribution par contribution se sont élevés en moyenne à 417 francs, tandis que ceux de l'ordre amiable n'ont été que de 190 francs; et par suite les créanciers n'ont sauvé dans la première procédure que 18 francs 27 centimes pour 100, tandis que dans celle de l'ordre le dividende a été de 41 francs 48 centimes pour 100. Ces chiffres sont significatifs. Ils font ressortir mieux que tous les raisonnements la nécessité de corriger le titre *de la distribution par contribution* dans le même esprit qui a dicté les modifications de l'*ordre*. M. le garde des sceaux semble avoir reconnu lui-même cette nécessité, car dans son compte rendu de l'année 1859 (p. 13) il s'exprime ainsi : « La loi du 21 mai 1858 n'étant pas applicable aux procédures de *contribution*, elles ont marché *avec la même lenteur* que les années précédentes. »

Digitized by Google

se reporter à une autre *distribution par contribution* qui par sa nature commande encore plus de rigueur et de célérité : nous voulons parler de *la vérification des créances* et de leur payement en matière de *faillite*.

Les articles 491 et suivants du Code de commerce multiplient, à défaut de notification spéciale, les avertissements, les publications, les facilités de toute espèce, pour que tous les créanciers du failli soient prévenus à temps.

Et si malgré tous les délais principaux et supplémentaires accordés, malgré toutes les précautions de publicité et autres, un créancier ne se présente pas à temps, la déchéance est-elle prononcée? Nullement. Voici comment dispose la loi commerciale :

« A défaut de comparution et affirmation *dans les délais qui leur sont applicables*, les défaillants connus et inconnus ne seront pas compris dans les répartitions à faire, *toutefois la voie de l'opposition leur sera ouverte jusqu'à la distribution des deniers inclusivement;* les frais de l'opposition demeureront toujours à leur charge, etc. (art. 503 du Code de commerce).

On le voit, les négligences et les retards sont punis à peu près comme ils l'étaient dans l'ancien article 757, c'est-à-dire dans une juste mesure et sans anéantir violemment des droits légitimes. Les créances commerciales, quand il s'agit de les perdre ou de les sauver, sont mises avec raison sur la même ligne que les autres, elles méritent la même protection; mais dorénavant, grâce à la nouvelle loi, ces créances commerciales vont être traitées avec plus de respect, de ménagements et d'égards que les créances hypothécaires, au grand étonnement des commerçants eux-mêmes; car enfin ils perdront irrévocablement ces dernières par le plus léger oubli, par la distraction la plus excusable, par un simple hasard, tandis qu'ils conserveront, malgré ces accidents, les créances commerciales qui leur paraissaient beaucoup plus fragiles.

Ce n'est pas non plus dans les Codes étrangers, ainsi que nous l'avons dit, que les législateurs de 1858 ont emprunté leurs articles 754 et 755, car aucun de ces Codes ne présente rien de semblable.

Celui de la Sardaigne, publié en 1860, avait le choix entre les deux systèmes de l'ancienne et de la nouvelle loi. Il n'a pas hésité:

Digitized by Google

Son article 856 est ainsi conçu :

« Les créanciers qui se présenteront *après* que l'état de col-
« location aura été déposé au greffe et *avant* qu'il ait été homo-
« logué par le tribunal, *pourront être colloqués suivant leur*
« *privilége et hypothèque*; mais ils supporteront sans répétition
« tous les frais de production et de signification, ainsi que ceux
« de la collocation particulière de leurs créances. Aucune de-
« mande de collocation ne sera plus admise après le jugement
« d'homologation du tribunal, même en instance d'appel. »

Voilà, selon nous, le véritable moyen de prévenir les fraudes, les surprises, les iniquités, sans retarder la procédure.

Et quand il faudrait la prolonger de quelques jours, cette procédure, ne serait-ce point la peine, pour éviter des résultats aussi désastreux? Vous la prolongez bien pour compléter seulement une production.

Mais enfin, si vous les regrettez, ces quelques jours destinés à éclairer la justice et à prévenir des erreurs, vous pouvez aisément les reprendre ailleurs sans le moindre dommage, et vos chiffres ne seront point dérangés.

Ainsi, reprenez ces *dix jours* de plus que vous accordez si libéralement au créancier, comme pour mieux le préparer à mourir[1].

Réduisez s'il le faut les délais de vingt jours pour dresser l'état provisoire et même celui de dix jours pour le dénoncer.

Ces délais et d'autres encore peuvent être abrégés sans inconvénient, aujourd'hui surtout, ainsi que nous avons essayé de le démontrer dans notre chapitre V (*De l'abréviation des délais*).

A ces abréviations, joignez encore la simplification de quelques formes, vous regagnerez et au delà le temps perdu; vous n'aurez pas besoin de cette déchéance fatale, jetée subitement

Géronte :

« Et je n'ai tout au plus que quatre jours à vivre.

Crispin :

« Je vous en donne six; mais après, ventrebleu,
« N'allez pas me manquer de parole; ou dans peu
« Je vous fais enterrer mort ou vif..... »

(REGNARD, *Légataire universel*, acte III, scène 2.)

Digitized by Google

dans notre législation comme pour faire contraste avec son esprit philosophique et rationnel; on dirait vraiment que cette disposition imprévue a été arrachée à la raison calme du législateur par un mouvement d'impatience et presque de colère, mouvement généreux, hâtons-nous de le dire, et qui peut se comprendre en présence de ces déplorables abus que nous venons de signaler. Mais il y a heureusement d'autres moyens d'en prévenir le retour. La loi même que nous discutons les a trouvés. Il s'agirait d'y ajouter ou d'en retrancher bien peu pour éviter les abus, en sens inverse, qui se révèlent déjà.

Le juge-commissaire qui doit prononcer la déchéance est pris ordinairement parmi les suppléants du tribunal; il ne pourrait, réuni au tribunal entier, connaître souverainement d'une valeur excédant *quinze cents francs*, et vous l'obligez à prononcer seul, immédiatement et d'office, sans rien écouter, sans rien entendre ni avant ni après, la perte absolue, irrévocable, d'une créance qui peut s'élever *à plusieurs centaines de mille francs*, si convaincu qu'il soit de la légitimité de l'excuse proposée. Voyez dans quelle perplexité vous le placez. N'est-ce pas le cas de demander grâce pour la justice et pour le juge?

Les commentateurs s'inquiètent de savoir s'il y a une voie de recours contre la déchéance prononcée par le commissaire.

Et quel recours? Il s'agit de la constatation d'un fait matériel. Tel créancier devait produire le 1er mars, il n'a produit que le 2. Déchéance immédiate d'office et de plein droit. C'est la loi qui prononce; le juge ne fait que constater. Et comment attaquer cette constatation, cette date qui est à elle seule le jugement souverain? Et c'est bien cette absence de recours qui fait ressortir encore la rigueur de la loi nouvelle : elle a voulu réagir contre l'ancien état des choses, en passant d'un extrême à l'autre; piége que les meilleurs esprits ne peuvent pas toujours éviter, ainsi que l'expérience nous l'apprend.

On a demandé encore si le créancier non appelé ou irrégulièrement appelé encourt aussi la déchéance quand il ne se présente point. En vérité, il ne manquerait plus que cela! punir un non-comparant qui n'a pas été cité à comparaître! Mais rien qu'à voir poser et discuter de telles questions, il est aisé de comprendre l'espèce de terreur que la disposition nouvelle inspire à ses meilleurs interprètes. Ils ne s'en cachent pas; les plus dociles la trouvent *très-grave*. Ils multiplient les thèses et les solutions

Digitized by Google

pour en atténuer les effets ; et malgré la réserve qu'ils se sont imposés pour ne pas *tourmenter la loi dès son berceau*, leur véritable opinion se fait jour. L'un d'eux, M. *Chauveau*, n'a qu'un mot, mais il est caractéristique. Il qualifie d'*impitoyable* la nouvelle disposition. Nous n'avons pas dit autre chose[1].

MM. *Olivier* et *Mourlon*, que nous avons déjà cités, cherchent aussi à corriger dans l'application la rigueur extrême de cette innovation.

Voici comment ils s'expriment, p. 545, n° 347 :

« Mention de la production devra être faite par le juge sur le procès-verbal. Nous ne croyons pas cependant, comme MM. *Grosse* et *Rameau* (n° 348), que la *déchéance soit encourue* si elle n'a pas été faite en temps utile ; qu'ainsi une production faite au greffe le quarantième jour soit non avenue si le même jour le juge n'en a pas fait mention sur le procès-verbal. Les heures de séance du juge-commissaire peuvent ne pas coïncider avec les heures d'ouverture du greffe ; ce que la loi exige dans les quarante jours, c'est seulement la *production ;* quant à la *mention*, il suffit qu'elle soit faite par le juge, *à la première séance*, après la production. C'est le cas de dire *odia restringenda.* »

Nous voudrions pouvoir accepter ce moyen qui offrirait quelquefois une planche de salut au pauvre naufragé. Mais la loi le permet-elle? C'est *immédiatement* et non à la *prochaine séance* qu'elle ordonne au juge-commissaire de constater *d'office* la déchéance. Il attendra, il devra attendre, surtout le dernier jour du délai, la fermeture du greffe pour faire sa constatation. Mais la renvoyer à plusieurs jours, c'est manquer le but de la loi. Il est là, le juge-commissaire, comme un conservateur des hypothèques chargé d'inscrire *de suite*, jour par jour, sans blanc ni interligne, les déclarations qui lui sont faites ; comme un greffier chargé de recevoir dans certains cas les déclarations d'appel. Ces fonctionnaires ne pourraient constater le lendemain les déclarations de la veille, alors surtout qu'il s'agit d'une déchéance de plein droit et à jour fixe. Il est aisé de prévoir les dangers de ce mode de procéder.

On a imaginé encore bien d'autres moyens pour tâcher d'*adoucir* la loi ; mais c'est la tourner, c'est ruser avec elle. Ne

[1] *Chauveau* sur l'article 754.

Digitized by Google

vaut-il pas mieux l'attaquer de front, faire un respectueux appel au législateur, et, au lieu de s'ingénier subtilement à restreindre une disposition *odieuse*, montrer qu'elle l'est réellement et en demander franchement le retrait ou la modification.

Jusque-là les tribunaux, fidèles à leur mission, ne peuvent que l'appliquer dans toute sa rigueur, et c'est bien ce qu'ils ont commencé de faire.

Ainsi on a soutenu récemment que le délai ne courait point pendant les *vacations;*

Que la déchéance n'était pas encourue *si elle n'avait été formellement prononcée par le juge;*

Que la production d'un créancier, débiteur d'un autre créancier, *pouvait profiter à ce dernier*, etc., etc.

Toutes ces thèses ont été condamnées par deux arrêts des Cours impériales de Caen et de Bourges [1].

Dans l'espèce du premier de ces arrêts, le juge-commissaire, retenu par des scrupules de conscience ou d'autres motifs qu'on ne nous fait pas connaître, n'avait pas eu le courage de prononcer la déchéance du créancier retardataire; loin de là il l'avait utilement colloqué. Ce créancier se prévalait de cette collocation et prétendait qu'on n'y pouvait pas toucher. Mais la Cour de Caen lui répondit « qu'il importe peu que le juge-commissaire n'ait pas constaté sur le procès-verbal d'ordre la déchéance encourue de *plein droit* par ce créancier, et qu'il l'ait compris dans son état de collocation, parce qu'il ne peut pas appartenir au juge, *en ne se conformant pas à la loi*, de *relever* le créancier d'une déchéance qu'il a encourue et *qui existait de plein droit après l'expiration du délai fixé.*

On ne reprochera pas à cet arrêt d'avoir voulu éluder la loi nouvelle; il est entré bien franchement dans son esprit de rigueur, et si on peut la trouver excessive, ce n'est pas à l'arrêt qu'il faut s'en prendre; il n'a fait qu'obéir à la loi. D'autres exemples plus frappants ne tarderont pas à se produire dans l'application de cette loi nouvelle, et, pour la bien juger, nous en appelons d'avance à cette application elle-même; c'est le vrai *criterium* de toutes les lois.

Un dernier coup d'œil sur celle-ci, mais d'un point de vue plus élevé.

[1] Rapportés par Sirey, 1860, 2, 295 et suiv.

Digitized by Google

Ses auteurs, en la faisant, se sont proposés le but éminemment utile d'attirer les capitaux vers la propriété foncière dont ils ne s'éloignent que trop; et assurément un des meilleurs moyens d'atteindre ce but, c'est de simplifier les formes et d'abréger les délais de l'expropriation et de l'ordre. Tout le monde est d'accord sur ce point.

Mais notre déchéance de plein droit, telle que nous la connaissons maintenant, est-elle donc de nature à rassurer les capitaux?

Nous ne saurions partager cette illusion. Nous craignons, au contraire, que, contre le vœu de la loi, on n'arrive à un résultat diamétralement opposé.

C'est déjà beaucoup pour un capitaliste de braver les chances de *l'hypothèque*, de *l'expropriation* et de *l'ordre*. Si au bout de cette triple et périlleuse voie qu'il aura cherché à aplanir autant que possible, par un redoublement de précautions, vous lui montrez encore un danger nouveau qui l'attend, et qui peut rendre toutes ces précautions inutiles; s'il sait qu'après la traversée il peut encore périr au port; s'il se doute, en un mot, que sa créance première inscrite court risque d'être écartée de l'ordre, faute d'être produite à jour et heure fixes; que rien ne peut le préserver ou le relever de cette déchéance, ni l'absence, ni l'éloignement, ni la maladie, ni les circonstances les plus impérieuses, ni même sa mort ou celle de son avoué, ni la retraite de celui-ci, ni la suppression de son office, ni enfin aucun de ces mille accidents de la vie humaine, qui peuvent tromper la plus vigilante prévoyance, pensez-vous que cette révélation sera de nature à vaincre les répugnances qu'il aura déjà pour le prêt foncier? Vous aurez beau lui dire en excellents termes : « Il suffit d'être diligent, *vigilantibus jura subveniunt;* il faut choisir un bon avoué, car s'il est mauvais on vous dira *cur talem elegisti?* la loi ne peut sacrifier les diligents aux *oisifs qui sont aux eaux ou en voyage*, sans avoir laissé derrrière eux d'agents ou d'instructions pour l'expédition de leurs affaires, etc., etc. [1]. » Notre capitaliste, qui est peut-être un de ces oisifs, ne sera pas convaincu; ou, pour mieux dire, il le sera; mais en sens inverse, et il pourra vous répéter à son tour : « Ce n'était donc pas assez de tous les périls qui envi-

[1] Rapport, p. 52.

Digitized by Google

ronnaient déjà les collocations hypothécaires; vous venez d'en ajouter un de plus qui les couronne et les domine tous, puisque tous évités je me retrouve encore en face de celui-là plus menaçant que les autres; et au malheur de perdre ma créance, sauvée jusque-là, se joindra pour moi le regret de la voir partager entre des créanciers qui avaient prêté longtemps après moi et qui jamais n'avaient contesté ma priorité, ou qui, l'ayant contestée, s'étaient vus condamner par des arrêts souverains, déchus aussi. En vérité c'était assez autrefois; c'est trop aujourd'hui; je garde mon argent. »

Qui pourrait s'étonner de ce langage? Qui pourrait même blâmer le capitaliste de porter son argent ailleurs, sur des valeurs industrielles par exemple? Sans doute elles offrent aussi des hasards et des périls. Mais, bien choisies, elles sont encore préférées aux prêts hypothécaires tels qu'on nous les a faits[1].

C'est trop insister pour établir que la disposition nouvelle, loin d'appeler les capitaux vers l'agriculture, les en éloigne, au contraire, de plus en plus, et ce n'est pas assurément le moindre reproche qu'on lui puisse adresser.

Mais comment remplacer ou modifier cette disposition? Faut-il revenir à l'amendement de M. *Millet?* Faut-il chercher une rédaction dans notre ancien Code, ou dans le Code de commerce, ou dans le Code sarde, ou dans tout autre? La formule importe peu, l'essentiel est d'être d'accord sur le point fondamental, c'est-à-dire sur la nécessité de supprimer ce remède trop héroïque de la déchéance de plein droit, remède pire que le mal, et de pallier le mal lui-même en sauvegardant des intérêts légitimes sans compliquer ni retarder la procédure.

Or, dans cet ordre d'idées, les moyens abondent, c'est l'embarras du choix. Un mot en terminant sur chacun de ceux qui ont été indiqués.

1° Les inconvénients et les dangers de l'ancien article 757 ont été parfaitement signalés, bien qu'avec un peu d'exagération, par l'habile rapporteur du Corps législatif; mais ces dangers et ces inconvénients ont été considérablement affaiblis

[1] V. la brochure de M. *de Melun* sur le *placement des petits capitaux*. (Dillet, éditeur, 1860.)

Digitized by Google

par des dispositions nouvelles qui ont eu l'assentiment général.

Ainsi, la clôture de l'ordre n'est plus à la merci des parties ni du juge lui-même; son terme est fixé.

Ainsi, le créancier le plus diligent ne sera plus irrecevable à critiquer la collocation provisoire, tandis que le retardataire seul aurait eu ce droit.

Ainsi, les délais des significations et des fixations d'audience laissés à l'arbitraire du tribunal ou du créancier *plus diligent*, qui souvent ne l'était pas du tout, ont été enfermés dans des limites sévères.

Ces inconvenients et bien d'autres ont disparu sans le secours extrême de la fatale déchéance.

Il suffit toutefois que cet ancien art. 757 ait soulevé tant de répulsions, fondées ou non, pour que nous osions en proposer le rétablissement. Il faudrait d'ailleurs faire des distinctions, les coordonner avec d'autres dispositions nouvelles qui elles-mêmes devraient être modifiées, et ce remaniement ne serait pas sans difficulté.

2° Quant à l'amendement de M. *Millet*, qui, comme on l'a vu, tendait à donner au juge-commissaire le droit de proroger pour *causes graves* le délai de production, comme on le lui a donné pour compléter cette production dans l'article 761, nous l'admettrions aussi très-volontiers, mais à condition qu'on préciserait le *maximum* de délai, crainte d'abus, et qu'on donnerait au tribunal et non au juge-commissaire seul, le droit d'apprécier les *causes graves* et d'accorder un délai limité, un seul.

3° Quant au droit d'*opposition*, accordé par l'article 503 du Code de commerce *jusqu'à la distribution des deniers*, il se recommande aussi par les règles les plus élémentaires du droit qui ne veulent pas que dans une instance quelconque une partie soit condamnée irrévocablement, par cela seul qu'elle ne s'est point présentée au jour fixe et que le *défaut joint* prononcé contre elle dispense de la réassigner.

Mais on pourrait écarter la similitude en disant d'une part qu'en matière commerciale, il n'y a pas de signification à domicile, même élu, et que les créanciers connus et inconnus ne sont avertis en masse que par la publicité ; et d'autre part que dans la matière spéciale de l'ordre, la règle de droit commun qui ordonne le *réassigné* et qui permet l'opposition, a fléchi

Digitized by Google

quelquefois sous les considérations de célérité inhérentes à cette procédure.

4° L'article 856 du Code sarde que nous avons transcrit ci-dessus aurait toutes nos préférences : nous avons tant prêté à ce Code que nous pourrions bien lui emprunter une fois.

Son article 856 nous semble présenter les avantages des précédentes rédactions sans en avoir les inconvénients.

Ainsi cet article accorde aux créanciers le droit de produire *après* que l'état de collocation aura été déposé au greffe et *avant* son homologation par le tribunal.

Et comme la loi nouvelle, à la différence de l'ancienne, fixe le délai dans lequel le juge-commissaire est tenu de dresser cet état de collocation et celui dans lequel il est déposé et même dénoncé, on n'a plus à craindre des lenteurs arbitraires.

Seulement, dans notre loi française, le tribunal n'*homologue* pas, à proprement parler, le procès-verbal de collocation provisoire ; s'il n'est pas contesté, le juge-commissaire le clôture, délivre les bordereaux, ordonne la radiation des inscriptions hypothécaires, etc. (art. 759). Ses ordonnances sont exécutoires sans la sanction du tribunal.

S'il y a contestation, c'est devant le tribunal qu'elle est renvoyée. Il statue comme en matière sommaire (art. 761). Cette différence devrait peut-être en amener une dans la rédaction.

Mais comme les rédactions des divers textes que nous venons de parcourir sont tous inspirés par la même pensée, il serait bien facile de la mettre en harmonie avec les autres modifications nouvelles.

5° La chambre des avoués près le tribunal de première instance de la Seine l'avait essayé ; elle proposa, en effet, une rédaction dans ce sens.

Après avoir énergiquement combattu la déchéance d'office et de plein droit écrite dans les premières lignes de l'article 775, elle conservait tout le reste de cet article [1].

[1] Ainsi conçu : « ..... Le juge dresse l'état de collocation sur les pièces produites. Cet état est dressé au plus tard dans les vingt jours qui suivent l'expiration du délai ci-dessus. Dans les dix jours de la confection de l'état de collocation, le poursuivant la dénonce par acte d'avoué à avoué et aux créanciers poursuivants et à la partie saisie, avec sommation d'en prendre communication et de contredire s'il y échet, sur le procès-verbal, dans le délai de trente jours. »

Digitized by Google

Elle proposait seulement l'addition suivante :

« *Dans le même délai* les créanciers *non produisant* sont avertis de l'état de la procédure et sommés de nouveau de produire leurs titres avec demande en collocation avant l'expiration du terme de trente jours ci-dessus prescrit; à défaut de production dans ce nouveau délai, ils seront définitivement déchus du droit de produire. »

Qu'on veuille bien remarquer que cette addition ne retardait pas la procédure d'un seul jour; et qu'au lieu d'augmenter les délais, elle profitait seulement de ces délais, déjà fixés par la loi nouvelle, pour faire une notification aux créanciers non produisants comme aux créanciers produisants.

Si l'on avait demandé pour avertir, pour *réassigner* les premiers, un délai de plus, on concevrait que la rapidité de la procédure eût empêché de l'accorder; mais la double notification s'accomplit dans la même période de temps, et dès lors quel inconvénient de sommer une seconde fois les *défaillants*, conformément à toutes les règles appliquées par le Code lui-même à des cas bien moins favorables et qui ne méritent pas toujours la même protection ?

L'addition proposée conservait d'ailleurs, contre les retardataires, la pénalité de l'article 757 de l'ancien Code, et de l'article 856 du Code sarde, c'est-à-dire la condamnation à tous les frais causés par leur production tardive.

Ce n'est point là, comme on l'a dit, une *peine insignifiante*[1], elle peut atteindre dans les petits ordres le chiffre entier de la créance, et dans tous, c'est une menace qui hâtera les productions.

Nous aurions voulu seulement, ainsi que nous l'avons déjà dit, que le juge-commissaire ne fut pas obligé de prononcer lui-même la fatale déchéance, et qu'on réservât cette grave attribution au tribunal entier qui statuerait sur le référé du juge-commissaire et sur les conclusions du ministère public. C'est en effet une des plus importantes décisions qui peuvent intervenir dans un ordre.

Avec ce correctif, nous adopterions volontiers l'amendement de la chambre des avoués; il ne dérange en aucune façon l'économie de la loi, et il s'identifie au contraire avec son esprit

[1] V. le Rapport, page 51.

Digitized by Google

et son but, ainsi qu'avec les règles les plus élémentaires du droit et de la justice.

Au reste, et nous le répétons comme résumé de toute notre pensée : quelle que soit la formule adoptée, elle nous paraîtra toujours excellente, pourvu qu'elle fasse disparaître cette déchéance immédiate, absolue et de plein droit, inconnue de tous les temps et chez tous les peuples, et qu'on a introduite pour la première fois dans notre législation française, étonnée de la recevoir.

VI. *Consignation préalable du prix d'adjudication obligatoire ou facultative* (art. 777).

Ici s'éleva un grave dissentiment entre le Conseil d'État et la commission du Corps législatif.

Celui-ci l'emporta, ou, pour parler plus *constitutionnellement*, il obtint l'adhésion du Conseil d'État; car s'il avait persisté dans sa première pensée, celle du Corps législatif reconnue meilleure, reconnue excellente par tous, par le Sénat lui-même, n'aurait pu se faire jour, et nous serions privés d'une des dispositions les plus utiles de la loi nouvelle [1].

Le projet du gouvernement voulait donc assujettir l'adjudicataire à consigner le prix d'adjudication *dans les soixante jours de l'ouverture de l'ordre.*

Cette disposition, on ne peut le nier, avait son côté favorable; elle était puisée dans les enseignements de l'expérience : on voyait, en effet, des enchérisseurs peu solvables se présenter hardiment aux ventes judiciaires, comptant bien sur le Code, habilement exploité, pour faire durer l'ordre autant que leurs espérances de trouver l'argent qui leur manquait ; et on sait combien ces espérances sont ordinairement longues et stériles, ce qui amène infailliblement des *folles enchères* au détriment de tous les intéressés.

Mais cet incident plus rare qu'on ne pense, puisque, d'après la statistique, sur *cent* adjudications il n'y a guère *qu'une* revente sur folle enchère, ne pouvait d'ailleurs, fût-il plus fréquent, faire fléchir cette grande considération, ce vœu de la loi elle-même *qu'il faut retirer de l'immeuble judiciairement vendu le plus haut prix possible.*

[1] Ceci était écrit avant le décret impérial du 24 novembre 1860.

Digitized by Google

Or l'obligation de consigner le prix avant la clôture de l'ordre n'aurait-elle pas le résultat certain de refroidir les enchères, de décourager les enchérisseurs, même les plus solvables, qui n'ont pas toujours dans leur caisse l'argent nécessaire pour acquitter le prix d'un immeuble de quelque importance?

La consignation obligatoire fut donc écartée à bon droit par la loi nouvelle; mais elle a laissé subsister la *faculté* de faire cette consignation volontairement; elle l'a même organisée de manière à la rendre plus facile, plus opportune, plus avantageuse à tous. Elle l'a notamment dégagée de cette formalité superflue et dangereuse des *offres préalables*. Tout cela est réglé par le nouvel article 777.

Il est si clairement rédigé qu'il semblerait à l'abri de toute équivoque.

Cependant un jeune et estimable avocat, dont le nom est cher au barreau et à la magistrature, semble s'être mépris sur le sens de cet article, qu'il considère comme ayant consacré la première pensée du gouvernement sur la consignation *obligatoire*.

Sans doute elle est obligatoire quand l'adjudicataire, désireux de se libérer, veut obtenir, avant la clôture de l'ordre, la radiation des inscriptions hypothécaires. Mais telle n'était pas la disposition primitive du projet de loi, qui exigeait absolument et sans distinction la consignation dans les soixante jours de l'ouverture de l'ordre.

Nous n'aurions pas relevé cette erreur si elle n'était consignée dans un article, d'ailleurs fort remarquable, inséré dans le journal officiel [1].

Plusieurs commentateurs de la loi ont examiné la question de savoir si dans le cahier des charges on pourrait valablement stipuler, comme condition de la vente, que l'adjudicataire consignerait ou ne consignerait pas, ou ne consignerait qu'à telle époque, en tout ou en partie, etc.

L'affirmative ne nous paraît pas douteuse. C'est là, en effet, une convention qui n'a rien de contraire aux lois et à l'ordre public, et elle peut, dès lors, être librement et valablement stipulée. De ce que la loi n'impose pas cette obligation, il ne s'ensuit que les parties ne puissent se l'imposer elles-mêmes.

[1] V. le *Moniteur* du 30 juin 1860.

Digitized by Google

C'est ce qu'exprime en ces termes le rapporteur de la commission.

« Enfin la suppression *de l'obligation* de consigner n'empêche ni de stipuler cette clause dans le cahier des charges, si on la croit utile en certains cas, ni l'acquéreur de consigner s'il le juge à propos. »

Toutefois, les mêmes auteurs ont pensé que la prohibition absolue de consigner, quelle que fut la durée de l'ordre, devrait être considérée comme contraire au droit de se libérer qui est d'ordre public [1].

Sans doute le droit de se libérer est d'ordre public, mais non pas le mode et l'époque de libération. Or il ne s'agit pas ici d'autre chose.

En général, les créanciers aiment mieux que l'adjudicataire garde le prix jusqu'à la fin des opérations, puisqu'il en paye l'intérêt à 5 pour 100, tandis que la caisse des consignations ne donne que 3 pour 100 et ne paye même aucun intérêt pendant les deux premiers mois. Sans doute cette clause peut quelquefois gêner l'adjudicataire pressé de se libérer; mais si elle a été librement acceptée, il faut l'exécuter, c'est une condition essentielle et licite de la vente.

Toutefois si, comme le suppose M. *Chauveau* (p. 374), on traînait l'ordre à dessein pendant plusieurs années, nous n'hésiterions pas à penser, comme lui, que l'adjudicataire pourrait demander et obtenir, malgré la clause du cahier des charges, la faculté de consigner, ainsi que l'a décidé un arrêt de la Cour impériale de Riom du 9 novembre 1855. Cette exception fondée sur des circonstances particulières, qui heureusement ne se reproduiront pas sous la loi nouvelle, ne sert qu'à mieux constater le principe général de la liberté des conventions.

Nous aurions à examiner quelques autres dispositions de cette loi importante; mais l'espace nous manque. Nous y reviendrons peut-être. LAVIELLE.

[1] *Grosse* et *Rameau*, p. 227.

Digitized by Google

DU JURY.

DE LA POSITION DES QUESTIONS AU JURY EN MATIÈRE CRIMINELLE.

Par M. Th. Bazot,
docteur en droit, substitut du procureur impérial à Angoulême.

TROISIÈME ARTICLE[1].

L'article 304 du Code pénal fournit l'exemple d'une application incontestée et incontestable de l'article 338, qui, par une sorte d'argument *à fortiori*, justifiera les deux solutions que nous venons d'enseigner, en même temps qu'elle montrera jusqu'où peut s'étendre l'article 338. Lorsque le crime de meurtre aura été précédé, accompagné ou suivi d'un autre crime, lorsqu'il aura eu pour but de préparer, faciliter ou exécuter un délit, le législateur a prononcé une peine plus sévère. Tout le monde reconnaît que, si ces deux circonstances surgissent des débats, elles devront être l'objet de questions aux jurés, car ce sont, sans confusion possible, des *circonstances aggravantes*. Cependant il n'y avait pas, dans cette hypothèse, une nécessité aussi impérieuse que dans les précédentes; le fait concomitant étant complet en lui-même, constituant un crime ou un délit, pouvait être l'objet de poursuites ultérieures. L'accusé pouvait ici, avec quelque apparence de raison, réclamer les garanties de l'information préliminaire. N'importe; bien que ce fait fût véritablement un *fait nouveau, différent de celui de l'accusation*, cependant il a avec celui-ci une telle connexité que le législateur a cru devoir l'envelopper dans le même débat et le soumettre en même temps aux mêmes juges. Eh bien! je le demande, n'est-il pas raisonnable aussi bien que juridique de suivre la même procédure, lorsque au lieu d'une simple connexité il s'agit d'une dépendance nécessaire dérivant de la nature même des choses, et lorsqu'au lieu d'une répression plus convenable il s'agit de l'existence même de la répression? L'expression de *circonstances aggravantes* doit être entendue *lato sensu* et par opposition à celle de *circonstances atténuantes*.

[1] V. *Revue critique*, t. XVII, p. 559, et t. XVIII, p. 157.

Digitized by Google

Tel est, à mon avis, le sens de l'article 338. Ainsi comprise, cette disposition devient un corollaire des principes que j'ai établis sur les attributions du jury. On trouvera peut-être que je suis trop volontiers le courant d'une idée préconçue en cherchant à rattacher les incidents de la procédure devant les Cours d'assises à des vues systématiques ; mais ne pourrais-je pas répondre qu'il n'est pas étonnant qu'un principe engendre des conséquences, et que l'accord qui règne entre eux démontre leur réciproque justesse?

Le législateur a prévu que l'accusation pourrait s'élever par la survenance de circonstances aggravantes; mais il est possible, à l'inverse, qu'elle s'abaisse par la disparition d'une ou de plusieurs circonstances. On demandera peut-être pourquoi le Code d'instruction criminelle n'a pas ouvert, dans ce cas, la même faculté au président des assises? Il faut répondre que cette précaution était inutile; nous verrons plus tard que l'objet de l'accusation est décomposé dans ses éléments complexes, et que le jury est interrogé, par des questions distinctes, sur le fait principal et sur les circonstances accessoires. Or si les débats font disparaître une ou plusieurs circonstances, les jurés auront, par suite de la division des questions, le moyen de déclarer le fait tel qu'il sera résulté des débats. Mais, quel que soit l'événement des débats, les questions doivent néanmoins porter sur toutes les circonstances relevées par l'acte d'accusation, car autrement l'accusation ne serait pas purgée.

A un autre point de vue, l'article 338 n'ayant prévu expressément que la découverte de circonstances aggravantes, en conclurons-nous que le président des assises doit négliger toute autre modification apportée par les débats à l'objet de l'accusation? Cette conclusion pourrait s'autoriser du texte; mais je n'hésite pas à déclarer qu'elle serait évidemment contraire à l'esprit de la loi. C'est ici le lieu, en examinant les diverses extensions données à la lettre de l'article 338 par la jurisprudence, de coordonner, sous l'influence d'un principe théorique, les décisions éparses dans les recueils, et de suppléer au laconisme des arrêts par quelques explications doctrinales.

En parcourant les collections d'arrêts, on rencontre, sur le point qui nous occupe, les décisions suivantes. On a jugé que le président des assises peut poser, comme *résultant des débats:*

Dans une accusation de viol, une question d'*attentat à la pu-*

Digitized by Google

deur; V. cass., 16 mars 1815, 7 septembre 1815, 17 décembre 1836, 30 avril 1847, 29 avril 1852, 9 septembre 1853, 18 décembre 1858;

Dans une accusation d'attentat à la pudeur avec violence sur une personne âgée de plus de onze ans, une question d'*attentat à la pudeur commis sans violence sur la même personne âgée de moins de onze ans;* V. cass., 11 décembre 1851;

Dans une accusation de parricide, une question de meurtre simple[1]; cass., 15 décembre 1831;

Dans une accusation de tentative d'homicide, une question de *coups et blessures faites sans intention de donner la mort;* cass., 2 août 1816;

Dans une accusation de meurtre, une question de *blessures faites sans intention de donner la mort, mais l'ayant cependant occasionnée;* cass., 11 mars 1841;

Dans une accusation de meurtre ou d'infanticide, une question d'*homicide par imprudence;* cass., 20 juin 1823, 20 août 1825;

Dans une accusation de vol avec violence, une question de *coups et blessures;* cass., 10 décembre 1836;

Dans une accusation de crime consommé, une question de *tentative ou de complicité;* cass., 10 décembre 1812, 14 mai 1813, 3 février 1821, 10 juin 1830, 10 janvier 1811, 12 janvier 1816, 11 septembre 1817, 16 avril 1818, 12 août 1819, 10 octobre 1822, 24 septembre 1835, etc., etc.;

Dans une accusation de vol domestique, une question d'*abus de confiance;* cass., 9 mars 1843;

Dans une accusation d'attentat à la pudeur, une question d'*outrage public à la pudeur;* cass., 14 octobre 1826;

Dans une accusation de complot, une question de *non-révélation;* cass., 20 mai 1831;

[1] Cette décision ne peut se comprendre que dans le système adopté par la jurisprudence sur le caractère du crime de parricide : elle exige, en effet, que le président des assises comprenne tous les éléments matériels dans une question unique; alors il peut devenir nécessaire de poser une question subsidiaire de meurtre. Dans notre opinion cette nécessité ne se produira jamais, parce que le président doit toujours poser deux questions en matière de parricide : 1° une question sur le meurtre; 2° une question sur la filiation.

Digitized by Google

Dans une accusation d'incendie, une question de *menace d'incendie;* cass., 28 pluviôse an VIII, 23 juillet 1813.

Toutes ces décisions, sauf les deux dernières, me paraissent juridiques; mais il importe de le démontrer.

Veut-on pénétrer la pensée tout entière du législateur, il ne faut pas s'en tenir aux expressions littérales de l'article 338; il est nécessaire de rapprocher cette disposition des articles 360, 361 et 365 du Code d'instruction criminelle. L'article 360 décide que l'accusé acquitté légalement ne pourra être poursuivi ultérieurement à raison du *même fait;* l'article 361 déclare que, si durant le cours des débats, l'accusé est inculpé par des pièces ou les dépositions des témoins sur un *autre fait*, le président des assises ordonnera qu'il soit poursuivi à raison du *nouveau fait;* enfin l'article 365 veut que la Cour applique la peine établie par la loi, alors même que le fait, par suite des débats, se trouverait n'être plus de la compétence de la Cour d'assises.

Ces divers textes combinés fondent une théorie parfaitement rationnelle; le fait, objet de l'accusation, est-il simplement modifié par l'adjonction d'une circonstance nouvelle (art. 338), amoindri, mais toujours le même, dégénère-t-il en un crime moins grave ou en un simple délit (art. 365), mieux précisé par les débats est-il réduit à des éléments matériels qu'il contenait implicitement, alors il est vrai de dire que l'accusation n'a pas changé : le fait appartient donc à la Cour d'assises, et le jury doit en connaître. Lorsque au contraire le fait découvert à l'audience de la Cour d'assises est sans rapport avec celui de l'accusation, qu'il n'est ni une modification ni une dégénérescence de celui-ci, alors il doit faire l'objet d'une instruction spéciale, et le jury ne saurait être appelé à l'apprécier sans ce préliminaire.

Ainsi la qualification adoptée par la chambre des mises en accusation ne doit pas servir de criterium, et, pour juger de l'étendue de la compétence du jury, c'est à l'examen des faits qu'il faut exclusivement s'attacher; ce n'est donc pas sans raison que dans une étude préliminaire nous avons insisté sur cette vérité importante.

Il y a entre les articles 360 et 361 d'une part, et les articles 338 et 365 de l'autre, une parfaite corrélation, à ce point que les deux principes qui y sont développés s'expliquent et se déterminent l'un par l'autre : le fait surgi des débats peut-il

Digitized by Google

faire l'objet d'une poursuite séparée, il ne devra pas être apprécié par le jury dans la même affaire; peut-il être dès à présent soumis au jury, il ne pourra pas être l'objet d'une poursuite ultérieure. De cette manière, les droits de l'accusation et de la défense sont sagement ménagés : l'accusé veut-il se couvrir plus tard de l'autorité de la chose jugée, alors qu'il souffre que le fait objet de l'accusation soit examiné sous toutes ses faces, qu'il ne soutienne pas, devant la Cour d'assises, qu'il s'agit d'un fait distinct pour prétendre ensuite qu'il s'agit d'un fait identique. Le ministère public veut-il intenter une seconde poursuite, alors qu'il retarde son action et que son insistance pour la position d'une question subsidiaire n'ait pas pour effet de soumettre par deux fois la même accusation à des juges différents. « Toute autre manière de procéder, ainsi que l'observe M. Berthon dans un écrit fort remarquable (*Revue de législation*, année 1852, p. 177), serait attentatoire aux droits de l'humanité, à la dignité de la justice, à la sûreté publique. »

Revenant maintenant aux applications faites par la jurisprudence, prouvons par un examen rapide de chacune d'elles qu'elles sont parfaitement conformes aux principes que nous avons exposés ;

Dans une accusation de viol le président des assises peut-il poser, comme résultant des débats, une question subsidiaire d'*attentat à la pudeur?* Oui, car il s'agit, dans des circonstances identiques de temps, de lieu et de personnes, du même fait amoindri, dégénéré; le viol comprend implicitement l'attentat à la pudeur, car l'attentat à la pudeur avec violence est le viol moins la circonstance de copulation. La meilleure preuve que ce fait appartient aux débats ouverts sur l'acte d'accusation, c'est qu'il ne pourrait pas être l'objet d'une poursuite ultérieure; or, s'il en est ainsi, faudra-t-il donc que le président des assises s'attache à une accusation devenue sans objet et que le jury, dans l'impossibilité où il sera de déclarer la *vérité vraie* (singulier néologisme dont je demande la permission de me servir ici, car il rend au mieux ma pensée), provoque un acquittement scandaleux ou une condamnation excessive? Le législateur a voulu précisément éviter ces fâcheux résultats.

Dans une accusation d'attentat à la pudeur avec violence, le président des assises peut-il poser, comme résultant des débats, une question subsidiaire d'*attentat à la pudeur sans violence sur*

Digitized by Google

la même personne âgée de moins de onze ans? Oui, certainement, car ici il est évident que le fait matériel n'aura subi que de très-légères modifications, quelle que soit leur importance au point de vue pénal. Du reste, ici encore, si la question subsidiaire n'était pas laissée à l'appréciation discrétionnaire du président, la répression serait exposée à défaillir sans pouvoir être relevée par une poursuite ultérieure.

Dans une accusation de tentative d'homicide, une question subsidiaire de *coups et blessures faites sans intention de donner la mort* pourra-t-elle être posée? Oui, car il s'agira toujours du même fait matériel de violences exercées dans le même temps, au même lieu, peut-être de la même manière, par le même auteur sur la même personne; il n'y aura de différence que dans le résultat et dans la volonté de l'agent criminel. Du reste, il faut faire intervenir ici la considération déjà présentée dans les deux espèces précédentes; si, dans une accusation de tentative d'homicide, le fait de coups et blessures faites sans intention de donner la mort doit être considéré comme un *fait nouveau*, aux termes de l'article 361, il pourra servir de fondement à de nouvelles poursuites. Or voici à quelles conséquences fâcheuses on arriverait : un individu est poursuivi pour parricide; acquitté, il sera poursuivi pour assassinat; acquitté sur cette seconde poursuite, il sera repris pour meurtre; acquitté une troisième fois, il reparaîtra sur l'accusation de blessures faites sans intention de donner la mort, mais l'ayant cependant occasionnée; acquitté une quatrième fois, cette longue carrière pourrait se continuer par une poursuite en police correctionnelle pour homicide par imprudence. Est-il possible d'admettre que la justice, cette chose si noble, si respectable et si respectée, prenne ainsi les couleurs d'une véritable persécution? Je n'exagère rien, car, si on soutient que dans une accusation de tentative d'homicide le fait de coups et blessures faites sans intention de donner la mort est un *fait nouveau*, je n'aperçois aucun motif raisonnable pour ne pas prétendre la même chose du parricide à l'assassinat, de l'assassinat au meurtre, du meurtre aux coups et blessures, des coups et blessures à l'homicide par imprudence. Dans toutes ces hypothèses je ne vois qu'un même fait matériel qui se modifie en s'amoindrissant; mais, si quelques-unes de ces atténuations paraissent autant de faits nouveaux et distincts, il faut toutes les considérer sous le même

Digitized by Google

aspect, et alors on verra une accusation capitale descendre successivement tous les degrés de l'échelle pénale, et l'accusé, impitoyablement tenu en haleine par des poursuites géminées, passer plusieurs années de son existence dans les angoisses d'incriminations multiples. Ne suffit-il pas de montrer de pareilles conséquences logiquement possibles pour faire proscrire le principe d'où elles découlent ?

Dans une accusation de meurtre ou d'infanticide pourra-t-on demander au jury, par question subsidiaire, si l'accusé a commis un homicide par imprudence ? Oui, parce que le fait matériel est le même et que le fait intentionnel seul est changé. Mais laissons au législateur lui-même le soin de démontrer ce point particulier; voici ce qu'on lit dans le décret en forme d'instruction pour la procédure criminelle du 29 septembre 1791 : « Il serait impossible, sans une injustice révoltante, « d'astreindre les jurés à s'en tenir strictement au contenu de « l'acte d'accusation : la loi leur ordonne donc, lorsqu'ils ont « trouvé que le délit existait et que l'accusé était convaincu de « l'avoir commis, de faire une troisième déclaration d'équité « sur les circonstances particulières du fait, soit pour déterminer si le délit a été commis volontairement ou involontairement, avec ou sans intention de nuire, soit pour prononcer « en atténuation du même genre de délit. »

Les législateurs de 1791 cherchent à rendre ces observations plus sensibles par des exemples, et ils ajoutent : « La « mort donnée à un homme, ce qui s'exprime par le fait général et indéfini d'*homicide*, est un fait susceptible des modifications les plus étendues, en sorte que le même fait matériel « peut recevoir, des circonstances qui l'accompagnent, toutes « les nuances que l'on peut concevoir entre un crime atroce et « un acte légitime. »

« En effet, en supposant le fait constant, plusieurs circonstances essentielles doivent être distinguées : l'accusé peut « avoir commis l'homicide en défendant sa vie; dans ce cas « l'homicide serait légitime. L'accusé peut avoir donné la mort « par pur accident et *sans aucune imprudence*, et alors l'homicide est innocent. L'accusé peut avoir donné la mort sans « aucune volonté mais *par une simple imprudence;* dans ce « cas c'est un délit. L'accusé peut avoir donné la mort dans un « mouvement impétueux dans lequel il a été précipité par une

Digitized by Google

« provocation; dans ce cas l'homicide est excusable. L'accusé « peut avoir volontairement donné la mort, mais ce crime peut « avoir été aussitôt exécuté que conçu; dans ce cas c'est un « meurtre. Enfin, l'accusé peut avoir donné la mort après avoir « conçu et préparé cet horrible dessein, et c'est là le cas de « l'assassinat.

« *Il est clair que ces différentes suppositions qui toutes peuvent « s'appliquer à l'existence prouvée du* MÊME FAIT MATÉRIEL *et à la « certitude que tel en est l'auteur, apportent une différence im- « mense entre les caractères moraux de la* MÊME ACTION, *et que les « jurés ne peuvent se dispenser d'étudier ces nuances et de les « spécifier pour prononcer sur le fait dont un homme traduit de- « vant eux est accusé.* »

Il n'y a rien a ajouter à l'autorité de ce grave document; outre que c'est le langage du législateur, c'est aussi de la raison écrite. Objectera-t-on que l'instruction de 1791 n'est pas un commentaire du Code d'instruction criminelle? Je répondrai que, sur le point qui nous occupe, notre législation actuelle a reproduit les principes des législations antérieures. Qu'on compare, en effet, les articles 21, 37, 38, titre 7; 3, titre 8 du Code du 16 septembre 1791, d'une part, et les articles 378, 379, 426, 427 du Code du 3 brumaire an IV, d'autre part, avec les articles 337, 338, 360 et 361 du Code d'instruction criminelle, et on retrouvera, sinon tout à fait les mêmes termes, bien certainement le même esprit.

En donnant une entière adhésion à cette jurisprudence, n'est-ce pas ici le lieu de la fortifier contre ses propres défaillances? La Cour de cassation décide avec une inflexible fermeté qu'une accusation de meurtre ou d'infanticide peut être suivie d'une poursuite en police correctionnelle pour homicide par imprudence. V. cass., 29 octobre 1812, 16 juillet 1842, 6 mars 1845, 24 octobre 1811, 30 janvier 1840, 5 février 1841, 2 mai 1845, 14 avril 1848.

Qu'une profonde conviction me fasse pardonner la témérité de mon langage : ces arrêts que nous venons de citer en dernier lieu me paraissent en complète contradiction avec ceux que nous avons rapportés plus haut. En effet, si l'homicide par imprudence constitue une accusation différente du meurtre et de l'infanticide, alors comment admettre que le président des assises puisse la soumettre, par une question subsidiaire, à

Digitized by Google

l'appréciation du jury? Mais, d'autre part, si cette accusation d'homicide par imprudence n'est qu'une dégénérescence des crimes de meurtre ou d'infanticide, comment concevoir qu'on puisse valablement saisir un tribunal correctionnel d'un fait déjà jugé par la Cour d'assises? Il faut donc choisir entre ces deux jurisprudences, et je n'hésite pas à préférer la première; je m'écarterais trop de mon sujet en faisant ici la critique de l'interprétation donnée par la Cour de cassation à la maxime *Non bis in idem*, et je prie le lecteur de se reporter à deux dissertations justement remarquées de MM. Berthon et Girard de Vasson (*Revue de législation*, année 1852, p. 181, et *Revue critique*, année 1858, p. 417).

Dans une accusation ayant pour objet un crime exécuté, peut-on poser la question de *tentative* du crime, et réciproquement? A l'égard de l'auteur principal peut-on poser la question de savoir s'il est *complice*, et à l'égard du complice la question de savoir s'il est *auteur principal?* Oui, car ainsi que le remarque fort justement M. Cubain, ces diverses questions n'ont pour objet que les différentes manières de commettre le même crime. Ajoutons, avec le même écrivain, une restriction nécessaire : les actes d'exécution, de tentative et de complicité ne peuvent faire l'objet de questions résultant des débats que s'ils se rattachent, par les circonstances de temps et de lieu, aux faits signalés par l'arrêt de renvoi.

Dans une accusation de vol avec violence, le jury peut-il, à l'aide d'une question subsidiaire, être interrogé sur un délit de *coups et blessures*, dans une accusation d'attentat à la pudeur sur un délit d'*outrage public à la pudeur?* Oui, car le titre de l'accusation a changé, mais les faits sont restés les mêmes. Des circonstances *expressément mentionnées dans l'arrêt de renvoi* sont envisagées à un autre point de vue pénal; mais qu'importe au jury le changement de qualification, puisque interrogé *en fait* il n'aura toujours à déclarer que les actes matériels consignés dans l'acte d'accusation?

Il ne me reste plus, pour avoir épuisé la série des applications faites par la jurisprudence, qu'à joindre mes critiques à celles de M. Cubain, relativement à deux arrêts qui ont décidé : le premier, que dans une accusation d'incendie on pourrait poser une question subsidiaire de *menace d'incendie;* le second, que dans une accusation de complot on pourrait demander si l'ac-

Digitized by Google

cusé était coupable de *non-révélation*. Cette dernière application est aujourd'hui sans intérêt, puisque les articles 103 et suivants du Code pénal sont abrogés; je m'attacherai donc exclusivement à la précédente.

Le président des assises, on le sait, ne peut substituer une accusation à une autre; la loi ne permet de poser au jury, outre les questions résultant de l'acte d'accusation, que celles qui tendent à modifier le fait principal, mais sans le faire disparaître, qui le considèrent sous un jour nouveau, mais en supposant son existence. L'accusation se modifie, mais elle repose sur le même fait; l'accusé n'est pas surpris, car sa défense a dû envisager le fait sous toutes ses faces. Or, dans l'espèce, le fait principal disparaît entièrement; c'est un fait nouveau substitué au fait qui était l'objet de l'accusation; car la menace d'incendie n'est nullement un fait modificatif de l'incendie, ce sont deux actes distincts qui supposent une criminalité diverse, un but différent. La menace est une injure, un outrage, mais ce n'est pas un fait matériel, ce n'est pas même un acte extérieur, un commencement d'exécution de l'incendie. La défense pour ces deux accusations n'est par la même, et dès lors l'accusé ne peut-être condamné sur l'une quand il n'est préparé à se défendre que sur l'autre.

Je ne veux pas ici ouvrir un nouveau chapitre pour rechercher quelles sont les questions qui ne peuvent pas, bien que résultant des débats, être posées au jury. Il me suffira de formuler les règles : les questions subsidiaires peuvent porter sur le *même fait*, jamais sur des *faits nouveaux;* or le fait objet de l'accusation reste le même toutes les fois qu'il est simplement modifié par l'adjonction d'une circonstance, ou qu'il est ramené à un fait qu'il comprenait virtuellement, ou que laissé intact dans ses éléments matériels il est envisagé à un autre point de vue sous le rapport de la pénalité, ou enfin toutes les fois que quelques-uns de ses éléments isolés des autres sont élevés à la hauteur d'un fait principal. Un fait est nouveau toutes les fois qu'il se distingue de celui de l'accusation par le temps, le lieu et les personnes; malgré une connexité accidentelle, il restera encore un fait nouveau lorsqu'il aura une individualité propre et qu'il ne pourra être considéré ni comme une circonstance, ni comme une partie, ni comme une dégénérescence de celui qui est l'objet de l'accusation.

Digitized by Google

Quant à la position des questions résultant des débats, le président des assises est investi d'un pouvoir discrétionnaire : la question principale pourrait se trouver affaiblie par la question subsidiaire; le président s'inspirera des circonstances. Dans le cas de réquisition de la part du ministère public ou de réclamation de la part de l'accusé, la Cour d'assises devra statuer par arrêt; mais c'est là un ordre d'idées particulier que nous aborderons au chapitre des Incidents.

Dans la mesure que nous avons essayé de préciser, les questions peuvent s'éloigner de l'acte d'accusation, mais c'est à une condition, à savoir que les modifications seront autorisées par les débats; les articles 338 et 365 sont explicites à cet égard. Une question posée, sans qu'elle résultât des débats, entraînerait-elle donc la nullité de l'arrêt de condamnation? Dans tous les cas comment la Cour de cassation exercera-t-elle son contrôle?

Certains arrêts ont décidé que la preuve n'était soumise à aucune forme et qu'elle pourrait notamment résulter de cette circonstance que la feuille des questions posées par le président des assises portait en tête cette mention : *Questions résultant des débats.* Mais aujourd'hui une jurisprudence fondée sur de très-nombreux arrêts va bien au delà : la position seule d'une question qui n'est pas conforme à l'acte d'accusation doit faire présumer qu'elle est résultée des débats. V. cass., 3 janvier 1812, 7 septembre 1813, 9 février 1816, 31 janvier 1817, 26 juin 1817, 26 novembre 1818, 12 août 1819, 18 mars 1826, 28 juin 1832, 5 octobre 1833, etc., etc. Une doctrine contraire avait été passagèrement consacrée par les arrêts des 9 décembre 1825, 22 juin 1832, 12 juillet 1832.

M. Cubain, en rapportant cette jurisprudence, s'exprime ainsi : « On ne saurait s'élever trop vivement contre cette ten-« dance que la Cour de cassation a manifestée maintefois à « créer arbitrairement des présomptions légales. En matière « criminelle, comme en matière civile, il n'y a d'autres pré-« somptions légales que celles qui sont attachées par une loi « spéciale à certains actes ou à certains faits. Or nul texte « n'établit une telle présomption. »

L'honorable auteur, malgré l'énergie de sa conviction, s'est borné à cette laconique réfutation; qu'il me permette de développer davantage une opinion qui nous est commune.

Digitized by Google

C'est en vain que la loi aura pris soin de circonscrire la compétence du jury et de la restreindre aux faits relevés par l'acte d'accusation! Ces limites imposées dans l'intérêt sacré de la défense s'effaceront devant la présomption légale; qu'elles soient dépassées, on ne saura jamais s'il y a, dans cette extension, un abus ou l'exercice d'un droit légitime. Ainsi se trouvera considérablement affaibli l'empire de cette règle que l'accusation ne doit pas être changée.

Des principes de cette importance seraient-ils donc sans aucune sanction? Je ne puis le croire; aussi bien, pour combattre une erreur de la Cour suprême, j'invoque sa propre autorité, et à sa jurisprudence j'oppose sa jurisprudence. L'article 372 du Code d'instruction criminelle exige que le procès-verbal dressé par le greffier mentionne, *à peine de nullité*, que les formalités prescrites par la loi ont été observées. Or la loi prescrit au président des assises de poser les questions d'après l'acte d'accusation et ne lui permet de s'en écarter qu'autant que les débats auront fait surgir des circonstances nouvelles; le procès-verbal doit donc relater si les questions ont été posées d'après l'acte d'accusation ou d'après les débats. Comment accorder la présomption légale avec l'article 372?

Mais il y a mieux : des arrêts plus nombreux encore que les précédents ont déclaré que les formalités dont l'observation n'est pas constatée par le procès-verbal *sont réputées de droit avoir été omises.*

Dans ce conflit de deux présomptions contradictoires que décidera-t-on?

Faut-il donc distinguer, dans les formalités prescrites par la loi, entre la position des questions et les autres? Le législateur ne l'a pas dit, et la raison n'indique aucun motif de distinction. Pour que cette observation soit rendue plus sensible, rapportons quelques-unes des principales applications de l'article 372.

La Cour de cassation a prononcé la nullité des débats et de l'arrêt qui en avait été la suite dans les circonstances suivantes : 1° lorsque le procès-verbal mentionnait la prestation de serment des témoins en ces termes : Je jure de dire *la vérité* et rien que la vérité, au lieu de la formule sacramentelle : Je jure de dire *toute la vérité* et rien que la vérité; cass., 16 juin 1814. 2° Lorsqu'en présence de la demande formée par un

Digitized by Google

accusé pour la retraite momentanée d'un témoin, le procès-verbal ne constatait pas qu'il y eût été fait droit; cass., 1er juillet 1814. 3° Lorsque le procès-verbal ne mentionnait pas la prestation de serment des jurés; cass., 15 juin 1820. 4° Lorsqu'après un huis clos ordonné, le procès-verbal ne mentionnait pas l'ouverture des portes au moment du résumé du président; cass., 18 septembre 1823. 5° Lorsqu'il ne résultait pas du procès-verbal que la déclaration du jury avait été lue à l'accusé; cass., 4 avril 1829. 6° Lorsque le procès-verbal ne rapportait pas l'interpellation à l'accusé de savoir s'il avait quelque chose à ajouter à sa défense; cass., 9 avril 1829. 7° Lorsque le procès-verbal ne mentionnait pas l'avertissement prescrit par l'article 341; cass., 21 septembre 1832, 24 janvier 1833, 8 février 1844.

On voit, par cette nomenclature, avec quelle rigueur la Cour de cassation applique la sanction contenue dans l'article 372; je cherche vainement comment peuvent se concilier, ici cette sévérité de principe, là cette facilité. On a prétendu que le silence du défenseur était la meilleure preuve que les questions posées résultaient des débats : je pourrais répondre que cette considération est rien moins que décisive, qu'il ne serait pas surprenant qu'un oubli pût échapper à l'inexpérience d'un jeune stagiaire, mais je ne veux rien dire de désobligeant pour personne, et j'aime mieux faire remarquer que cette considération ne prouve rien parce qu'elle prouve trop. En effet, si on accorde cette importance au silence du défenseur, pourquoi ne pas admettre qu'il fera de même présumer l'observation des autres formalités intéressant l'accusé? Enfin, cette solution particulière à la position des questions se fonderait-elle sur l'importance moindre de cette formalité? Mais on sait, au contraire, qu'il en est peu qui importent autant à l'accusé, et, quand on se reporte aux exemples que nous avons cités en dernier lieu, on peut dire qu'il y aurait quelque chose de choquant à considérer comme une omission substantielle la suppression d'un mot dans la formule du serment d'un témoin, et à refuser ce caractère à une erreur dans la position des questions.

Ainsi, et en résumé, la présomption légale créée par la Cour suprême n'a pas de fondement dans la loi; inédite par notre législation pénale, elle est contraire au texte de l'article 372, et, source possible de graves inconvénients, elle est en formel

Digitized by Google

désaccord avec une jurisprudence unanime sur un point analogue.

Je pense donc qu'en général, pour justifier la position d'une question comme résultant des débats, il faudra ou un arrêt ou une mention expresse sur le procès-verbal ; à défaut de l'un ou de l'autre la nullité devrait être prononcée.

§ 3. — *Des excuses et du discernement.*

L'article 339 du nouveau Code d'instruction criminelle est ainsi conçu : « Lorsque l'accusé aura proposé pour excuse un « fait admis comme tel par la loi, le président devra, *à peine* « *de nullité*, poser la question qui suit : Tel fait est-il constant? »

Ce nouveau texte a eu pour but de trancher deux points controversés : 1° Le président ou la Cour d'assises peuvent-ils refuser la position d'une question d'excuse, par le motif qu'elle ne résulte pas des débats? 2° Ce refus entraîne-t-il la nullité de la procédure? Aujourd'hui il est certain par la comparaison du nouvel article avec l'ancien, et surtout par les travaux préparatoires, que tout fait d'excuse proposé par l'accusé, lorsqu'il est admis comme tel par la loi, doit être soumis au jury *à peine de nullité*. La Cour d'assises reste seulement investie du droit d'apprécier le caractère légal du fait invoqué comme excuse.

Toutefois, l'article 339 soulève encore quelques difficultés que nous allons rapidement examiner :

La doctrine suppléant au laconisme du législateur et fondant une terminologie qui n'est pas formulée par la loi, distingue les excuses des faits justificatifs. L'excuse suppose l'imputabilité; aussi définit-on l'excuse toute circonstance absolutoire ou atténuante expressément prévue et déterminée par la loi. Les faits justificatifs, au contraire, sont exclusifs de toute imputabilité; aussi peut-on les définir toutes circonstances destructives de la criminalité. La provocation, certains outrages, voilà des faits d'excuses; la démence, la contrainte, la défense légitime, voilà des faits justificatifs.

L'interprétation de l'article 339 doit-elle subir l'influence de cette distinction doctrinale? Je m'explique par des exemples : l'accusé peut-il demander la position d'une question spéciale portant sur la démence, la contrainte, la défense légitime? La Cour de cassation a fréquemment décidé que ces faits sont vir-

Digitized by Google

tuellement compris dans la question intentionnelle, que dans tous les cas on doit poser au jury, et, par ce motif, elle ne reconnaît pas la nécessité d'une question spéciale.

Cette jurisprudence a été critiquée par plusieurs criminalistes: MM. Chauveau et Hélie sont au nombre de ses détracteurs. Les savants auteurs de la *Théorie du Code pénal* s'expriment ainsi, en rapportant un arrêt de la Cour de cassation du 10 janvier 1834, qui avait décidé que la Cour d'assises avait pu, sans violer aucune loi, demander aux jurés si l'accusé avait été contraint à commettre le crime par une force irrésistible : « C'est donc « pour nous un nouveau motif de croire que toutes ces excuses, « qu'elles aient pour effet d'anéantir ou d'atténuer le crime, « doivent faire le sujet d'une question spéciale. La position de « cette question fixe l'attention des jurés, dégage l'excuse des « nuages qui l'enveloppent dans une question générale de culpa- « bilité, et sert puissamment à rendre la déclaration l'expression « claire et sincère de la pensée du jury. »

M. Cubain incline aussi à penser que cette jurisprudence est mal fondée. Le savant auteur convient que la question de démence fera double emploi avec la question intentionnelle, mais il objecte que la question de discernement fait aussi double emploi avec la question intentionnelle, et cependant l'article 340 exige que la question de discernement soit posée. Suivant ce commentateur, la surabondance de questions est rendue nécessaire par la surabondance des dispositions de la loi pénale. En effet, la loi pose en principe qu'il n'y a crime qu'autant qu'il y a intention coupable, et, malgré cela, elle édicte les articles 65, 327 et autres qui sont exclusifs de toute intention criminelle. Pourquoi cette prévision, si ce n'est afin que l'attention du jury soit, au moyen d'une question spéciale, appelée sur ces circonstances? Enfin, M. Cubain aperçoit dans cette question spéciale un avantage qui est de nature à faire sur nous une impression particulière : le jury doit seulement constater le fait; or, si la circonstance justificative est confondue dans la question intentionnelle, le jury, puisque ce point préalable n'aura pas été jugé par la Cour d'assises, aura à examiner si elle existe en fait, et en outre si elle a un caractère légal.

Je crois, malgré le dissentiment des criminalistes dont j'ai rapporté l'opinion, que la jurisprudence de la Cour de cassation vaut mieux que les critiques dont elle a été l'objet. En effet,

Digitized by Google

si la théorie légale sur les excuses n'a pas été formulée avec netteté et précision, il est certain pourtant que le mot excuse a un sens défini que le législateur n'a jamais confondu avec celui de fait justificatif. Toutes les fois qu'il s'agit de ces dernières circonstances, la loi pénale s'exprime en ces termes : *Il n'y a ni crime ni délit.....* et se garde d'employer jamais l'expression d'excuse. N'est-il pas présumable, sinon certain, que si l'accusé avait pu obtenir la position d'une question spéciale, non-seulement sur les excuses, mais encore sur les faits justificatifs, l'article 339 eût été conçu en d'autres termes et que le législateur eut surtout évité de se servir d'une expression dont le sens restreint aurait pu tromper sur ses intentions?

Mais cette considération est décisive au point de vue historique : l'article 339 a été modifié en 1832, les législateurs d'alors voulant réformer certaines solutions admises par la jurisprudence. La Cour de cassation décidait qu'il appartenait au pouvoir discrétionnaire de la Cour d'assises d'apprécier l'opportunité d'une question d'excuse; l'article 339, conçu, en termes impératifs, a eu pour but de lui enlever cette faculté. Or, bien avant 1832, la Cour suprême avait établi, sur les faits justificatifs, la jurisprudence qu'elle maintient aujourd'hui. N'est-il pas évident que si le législateur, qui étudiait attentivement la jurisprudence pour la mettre d'accord avec la loi, avait voulu réformer celle que nous signalons, l'article 339 aurait contenu quelques indications destinées à empêcher pour l'avenir une même interprétation? Loin qu'il en soit ainsi, on retrouve dans l'article amendé l'ancienne expression : « Lorsque l'accusé aura proposé pour *excuse.....* »

Il est au moins surprenant que M. Cubain invoque, à l'appui de son opinion, l'article 340; car cette disposition, placée à côté de l'article 339, sert mieux que toute autre à marquer la portée restrictive de celui-ci. En effet, si l'article 339 avait indiqué la nécessité d'une question spéciale, non-seulement pour les excuses, mais encore pour les faits justificatifs, l'article 340 était inutile, puisqu'il se refère à un fait justificatif; au contraire, il avait sa raison d'être si l'article 339 n'avait parlé que des cas d'excuse. En vain le même auteur objecte qu'ainsi se trouvera posée au jury une question de droit (objection singulière dans la bouche de M. Cubain!), le jury n'aura jamais qu'à rechercher l'intention criminelle, et lorsque, dans ce but, il se demandera

Digitized by Google

si l'accusé était en démence ou en état de légitime défense, il est difficile d'admettre qu'ainsi il statuera sur une question de droit.

En présence de l'article 339 spécial aux cas d'excuse, de l'article 340 spécial a un fait justificatif unique, il me paraît impossible de suppléer une disposition analogue pour des hypothèses non prévues, et surtout d'étendre une sanction rigoureuse qui n'a pas été prononcée par un texte formel.

Je pense donc que si l'accusé a demandé qu'il fût posé une question spéciale sur la démence, la contrainte ou tout autre fait justificatif, et si la Cour d'assises n'a pas fait droit à cette réclamation, la procédure est parfaitement régulière. Maintenant j'ajoute, avec la Cour de cassation elle-même, que si le président des assises avait cru devoir, pour une plus grande clarté, poser cette question spéciale, il n'y aurait pas davantage nullité; ce serait ici le cas d'appliquer cet axiome vulgaire, mais vrai : *Quod abundat non vitiat.*

La section 3 du chapitre 1 du titre 2 du Code pénal, art. 321-326, ne contient pas tous les cas d'excuses; il en est d'autres qui sont indiqués par les articles 100, 108, 138, 144, 213, 247, 248, 380 du Code pénal. La jurisprudence applique l'article 339 à ces dernières hypothèses, mais, à mon avis, elle est trop faiblement motivée. On lit, en effet, dans les arrêts qui consacrent cette application : « Attendu qu'une question doit être posée toutes les fois que l'accusé a un *intérêt légitime* à cette position. Je crois qu'il est plus exact de dire : que la question relative à la circonstance prévue par l'article 144, par exemple, doit être posée *parce qu'elle se réfère à un fait admis comme excuse par la loi*[1], et que cette question est nécessaire *parce qu'elle n'est pas virtuellement comprise dans la question intentionnelle.*

L'article 339 exige, à peine de nullité, la position d'une question spéciale, *lorsque l'accusé aura proposé pour excuse un fait admis comme tel par la loi.* Ces dernières expressions ont fait naître les difficultés suivantes : Le droit de réquisition n'appartient-il qu'à l'accusé? Le président des assises ne peut-il, d'office, poser une question d'excuse? Le ministère

[1] Nous avons dit plus haut que les excuses sont absolutoires ou atténuantes.

Digitized by Google

public n'a-t-il pas la même faculté? En admettant que cette faculté appartienne au ministère public lorsque l'accusé garde le silence, la conserve-t-il malgré l'opposition de ce dernier? Enfin, lorsque la Cour d'assises n'aura pas fait droit aux réquisitions du ministère public demandant la position d'une question d'excuse, la procédure est-elle entachée de nullité?

Il me semble facile de répondre. L'article 339, en ouvrant un droit nouveau à l'accusé et en soumettant l'exercice de ce droit à des conditions particulières, n'a pas entendu porter atteinte aux principes déjà établis. Or, aux termes de l'article 338, quel est donc le droit et le devoir du président des assises? c'est, en posant toutes les questions résultant de l'acte d'accusation, de tenir compte, au moyen de questions subsidiaires, des modifications apportées par les débats; son droit, à cet égard, ne s'arrête pas seulement aux circonstances aggravantes, ainsi que nous l'avons démontré, mais il s'étend à toutes autres, qui, sans dénaturer les faits de l'accusation, ont pour effet de les modifier plus ou moins profondément. L'excuse a, avec l'objet de l'accusation, un rapport intime que jamais personne n'a songé à contester, et dès lors le président des assises, en posant une question d'office à cet égard, ne va pas au delà de l'accusation. Une preuve certaine que ce mode de procéder est d'accord avec le principe que l'accusation ne doit pas être changée, c'est que cette règle existe contre l'accusé aussi bien qu'en sa faveur, et pourtant l'article 339 accorde formellement à l'accusé le droit de requérir la position d'une question d'excuse; il n'y a donc pas contrariété entre les deux principes. Sans doute l'accusé pourra s'opposer à la position d'une question d'excuse, mais alors la Cour d'assises sera juge de l'opportunité; la seule différence qu'il y ait entre cette hypothèse et celle où la demande d'une question spéciale émane de l'accusé, c'est que dans le premier cas la Cour d'assises devra vérifier d'abord si l'excuse a un caractère légal, ensuite *si elle résulte des débats*, tandis que dans le deuxième cas elle n'aura qu'à apprécier la légalité du fait proposé comme excuse. BAZOT.

(*La suite à une prochaine livraison.*)

Digitized by Google

BIBLIOGRAPHIE.

ESSAI SUR LA COMPLICITÉ,

Par M. Gabriel-Bernard BENOÎT-CHAMPY [1].

Compte rendu par M. George GENREAU, substitut du procureur impérial à Paris.

I.

La matière de la complicité est assurément une des plus difficiles du droit pénal. Déterminer, par une énumération limitative, les modes divers de participation à un acte coupable; les classer tous successivement d'après le degré de leur gravité intrinsèque et de leur influence plus ou moins grande sur l'accomplissement de cet acte; édicter pour chacun d'eux une peine exactement proportionnelle à sa culpabilité spéciale; fixer enfin, non-seulement la mesure de criminalité plus grande que prennent les infractions humaines quand elles sont commises par plusieurs agents, mais encore les conséquences que doivent produire sur la pénalité les causes d'atténuation ou les causes d'aggravation tirées du caractère même du fait ou de la personne de l'un ou de l'autre de ces agents; telle est, en cette matière, la tâche à la fois si importante et si ardue que la nature des choses impose au législateur.

Comment notre loi pénale a-t-elle résolu ce problème si complexe?

D'abord, la loi a énuméré tous les modes de complicité. Les articles 59, 60, 61, 62 du Code pénal et l'article 1er de la loi du 17 mai 1819 comprennent tous les cas généraux dans lesquels la participation à une action punie devient punissable elle-même; en dehors des prévisions de ces divers textes, nulle incrimination n'est possible. De plus, elle ne réprime que la complicité des crimes ou des délits; elle a estimé que les con-

[1] Paris 1861, chez de Mourgues.

Digitized by Google

traventions, à cause de leur peu de gravité et de leur caractère le plus souvent purement matériel, ne pouvaient admettre la répression des complices.

La loi a fait, du concours de plusieurs agents pour commettre le même acte coupable, tantôt une circonstance constitutive, tantôt une circonstance aggravante. C'est une circonstance constitutive, par exemple, pour les délits de coalition, d'attroupement, d'association de malfaiteurs et autres délits de même nature. C'est une circonstance aggravante, par exemple, pour les faits de mendicité, de rébellion et de vol ; et dans ces deux derniers cas l'aggravation peut produire cet effet, de transformer en crime un acte qui, autrement, eût été un simple délit.

La loi ne résout pas elle-même, et abandonne aux controverses de la jurisprudence, la question de savoir quel doit être l'effet, à l'égard des complices, des excuses ou des circonstances aggravantes tirées de la personne de l'auteur principal. Elle n'accorde aux circonstances aggravantes et aux excuses tirées de la personne des complices aucun effet sur le degré de culpabilité de cet auteur principal.

Enfin, désespérant d'établir une classification graduée des divers modes de complicité, et d'adapter à chacun d'eux une pénalité exacte et spéciale, elle tranche le nœud gordien par cette double solution :

1° Tous les modes de complicité sont frappés d'une peine identique ;

2° Cette peine est la même que celle du fait principal.

Cette assimilation complète entre l'auteur et le complice, qui dépasse la mesure de la justice ; cette égalité absolue dans la peine, qui, frappant de même l'homme qui commet un crime et celui qui lui a prêté le concours le plus indirect, n'intéresse pas les malfaiteurs réunis pour un but coupable à reculer devant le rôle le plus criminel, ont été vivement critiquées par tous les auteurs qui ont écrit sur notre droit pénal.

Nul d'entre eux n'a été plus loin que Rossi : « Ne dirait-on pas, s'écrie l'éminent publiciste, une loi suggérée par des malfaiteurs? » C'est cette sévère parole que M. Gabriel Benoît-Champy a prise pour épigraphe, et qu'il développe, par les plus solides arguments, dans un *Essai sur la complicité*, que nous signalons aux lecteurs de la *Revue*.

Digitized by Google

Ce travail est divisé en trois parties. La première partie est consacrée à la recherche des principes rationnels de la complicité; la seconde, à l'histoire et aux législations étrangères; la troisième, à l'examen de la loi.

II.

La première partie est une étude remarquable des principes qui doivent, au point de vue philosophique, régir la complicité. Nous ne pouvons mieux faire que de la reproduire en la résumant.

La complicité, c'est la participation volontaire et active à un acte coupable. De cette définition il résulte que la participation n'est punissable, et ne doit être considérée comme constituant la complicité, qu'à cette triple condition :

1° Que la participation soit intentionnelle. Si en effet elle était involontaire, ou si, même étant volontaire, elle n'émanait pas d'une cause éclairée et libre, ou si enfin elle n'était pas dirigée par son auteur vers l'acte principal, il n'y aurait plus de responsabilité, par conséquent plus de complicité;

2° Que la participation soit manifestée par un acte extérieur. Cet acte extérieur peut être soit intellectuel pour ainsi dire, comme l'ordre, la menace, soit matériel comme l'aide et l'assistance à l'exécution du fait; mais il faut un acte extérieur de participation. S'associer à un crime par ses vœux, le ratifier par son approbation, ce n'est pas là, malgré quelques textes romains[1], une complicité punissable;

3° Que l'action à laquelle la participation s'applique soit une action coupable. Là où il n'y a ni crime ni délit il ne peut y avoir complicité.

Prévoir tous les moyens de participation, tous les faits constituant la complicité, tous les actes extérieurs par lesquels se manifestera l'intervention du complice, est chose impossible. A quelle classification peut-on, au moins, les ramener? A celle-ci : il faut distinguer si la participation a donné nais-

[1] Dig., *De reg. juris*, 152, § 2, fr. d'Ulpien : « In maleficio ratihabitio mandato æquiparatur. » Voir aussi Dig., *De vi et de vi armata*, 1, § 14, fr. d'Ulpien.

Digitized by Google

cance au crime, ou si elle n'a fait que le faciliter; dans le premier cas, le participant doit être considéré comme coauteur; dans le second cas, il ne doit être regardé que comme complice.

Le coauteur peut être, selon les cas, plus coupable, aussi coupable ou moins coupable que celui auquel il s'associe pour l'exécution du crime. Le complice est, par définition, moins coupable que l'agent principal, car le crime se fût accompli sans lui, quelle qu'y ait été d'ailleurs la mesure de son concours. Dans cette culpabilité, toujours moindre, du complice, il peut y avoir des degrés infinis, dont les deux points extrêmes sont une culpabilité presque égale à celle de l'auteur même, et, d'autre part, une faute presque vénielle.

Quelle sera la pénalité? Pour le coauteur, ce sera la peine même du crime ou du délit. Pour le complice, ce sera la peine immédiatement au-dessous. La faculté d'atténuation qui doit être laissée au juge lui permettra d'ailleurs de proportionner la peine à la culpabilité réelle, dans chaque affaire, du coauteur ou du complice.

Qui distinguera le coauteur et le complice? Sera-ce la loi ou le juge? La formule qui embrasserait tous les cas possibles de participation étant impossible à trouver, il faut s'en remettre à l'appréciation du juge, qui aura toujours pour critérium cette formule : Le concours prêté a-t-il donné naissance au crime, ou n'a-t-il fait, au contraire, que le faciliter?

Telle est la théorie exposée par M. Gabriel Benoît-Champy dans les vingt premières pages de son *Essai*, avec des développements que nous ne pouvons lui conserver ici; et nous n'hésitons pas à dire qu'elle nous paraît infiniment préférable à celle de la loi. De quel droit, en effet, punir également des fautes inégales? L'excès dans les peines est une injustice, sinon aussi grande, au moins assurément aussi à craindre, pour le législateur et le juge, que l'incrimination de faits innocents. Dans quel but, sinon pour faire régner entre les malfaiteurs une harmonie dangereuse aux gens de bien? Est-il bien vrai de dire, avec Target [1], que les complices se soumettent à toutes les chances des événements et consentent à toutes les suites du crime, quand tel individu, qui accepte dans les faits coupables

[1] Locré, t. XXIX, p. 32.

Digitized by Google

un rôle secondaire, reculerait certainement devant le rôle principal?

Aussi le système du Code pénal est-il condamné par tout le monde. M. Faustin Hélie déclare que cette disposition de la loi est injuste et impolitique, et il propose de la remplacer par des distinctions analogues à celles de l'auteur de l'*Essai sur la complicité*[1]; M. Ortolan distingue également les auteurs principaux et les auxiliaires[2]; et plusieurs législations étrangères ont adopté des classifications diverses, qui, toutes, ont pour but l'inégalité des peines entre les auteurs et les complices.

Notre pays est donc le dernier à conserver ce triste héritage du droit romain. C'est de Rome, en effet, que nous est venu le système de l'assimilation; et M. Gabriel Benoît-Champy, qui en fait la remarque, trace, dans une synthèse à la fois éloquente et profondément exacte, le tableau de cette civilisation romaine, qui ne reposait ni sur l'humanité ni sur la justice, mais sur l'oppression des vaincus et sur la servitude, et où le droit pénal n'était pas à la hauteur du droit civil.

III.

Nous ne suivrons pas M. Gabriel Benoît-Champy dans sa deuxième partie, où, après avoir retracé le développement des règles pratiques de la complicité dans le droit romain, notre droit ancien et notre droit intermédiaire, il passe en revue les législations étrangères, et notamment fait un intéressant exposé de la législation anglaise; nous préférons aborder immédiatement sa troisième partie, relative à l'examen de la loi et de la jurisprudence.

Cette partie est divisée en six chapitres. Ces chapitres sont consacrés, le premier, au commentaire des articles 59 et 60 du Code pénal; le deuxième, à l'étude de certaines questions spéciales sur la complicité, notamment aux cas de duel, de suicide et d'adultère; le troisième, à certaines exceptions au principe de l'égalité des peines entre l'auteur et le complice; le quatrième, aux moyens que la loi fournit au juge d'atténuer la rigueur de ce principe d'égalité; le cinquième, à la procédure

[1] *Théorie du Code pénal*, I, 401.

[2] *Droit pénal*, n° 1257.

Digitized by Google

en matière de complicité; le sixième, au recel, que l'auteur considère avec raison comme un délit spécial et non comme un cas de complicité.

Dans ces six chapitres, que nous ne pouvons examiner ici avec détail, M. Gabriel Benoît-Champy aborde successivement, tantôt par un rapide exposé, tantôt avec d'utiles développements, toutes les questions auxquelles son sujet donne naissance; il rappelle et discute les solutions souvent contradictoires que ces questions ont reçues de la doctrine et des arrêts, et, loin d'adopter aveuglément les décisions de la jurisprudence, il s'en sépare souvent avec fermeté. La rédaction imparfaite de notre loi pénale, son défaut de méthode scientifique, ses nombreuses lacunes sur les points les plus graves, lui inspirent de vives critiques, dont on ne peut méconnaître l'exactitude.

Dans le premier chapitre, après avoir commenté l'article 59 du Code pénal, après avoir examiné si la loi punit la complicité de la tentative et la tentative de complicité, et quelle est, à l'égard du complice, l'influence de l'impunité de l'auteur principal résultant de son acquittement, de sa fuite, de son décès, de sa grâce ou de son amnistie, l'auteur arrive à l'article 60 du Code pénal, et il y trouve la provocation par abus d'autorité, qui lui donne l'occasion de discuter la théorie de l'obéissance passive pour les militaires; il condamne le silence de notre nouveau Code militaire, qui refuse le recours au ministre de la guerre contre la décision d'un général commandant, portant qu'il n'y a pas lieu de suivre à l'égard d'un abus d'autorité commis par un officier sous ses ordres, et il refuse avec raison de voir une garantie légale suffisante dans la probabilité, invoquée lors de la discussion de cette loi, que jamais un général ne rendra mal à propos une telle décision de non-lieu. Puis, abordant la même question à propos de la gendarmerie, il la résout par des distinctions fondées sur la nature complexe de cette institution à la fois civile et militaire, mais qui, si elles étaient suivies dans la pratique, auraient à nos yeux l'inconvénient de soumettre les gendarmes à une responsabilité qu'ils ne pouvaient prévoir et ne savaient pas encourir.

L'auteur examine ensuite quel est l'effet, à l'égard des complices, des excuses ou des circonstances aggravantes qui modifient la pénalité à l'égard de l'auteur principal, et il expose à ce sujet une théorie que nous ne pouvons, quant à nous, ac-

Digitized by Google

cepter dans toutes ses parties. Suivant lui, il faut distinguer les circonstances aggravantes extrinsèques, c'est-à-dire celles qui affectent la criminalité du fait, comme, en matière de vol, l'escalade et l'effraction, et les circonstances aggravantes intrinsèques qui affectent la culpabilité de l'auteur, comme, en matière de certains attentats, la qualité de père de la victime; de cette première source d'aggravation, le complice doit porter la responsabilité toutes les fois qu'il l'a connue, mais en ce cas seulement; pour la seconde cause d'aggravation, le complice ne doit jamais en subir l'influence, même quand il l'aurait connue avant les actes constitutifs de sa complicité.

C'est cette seconde proposition qui nous inspire des doutes sérieux, malgré les bonnes raisons par lesquelles l'auteur la soutient et malgré l'appui que lui prêtent les savants auteurs de la *Théorie du Code pénal*. Il est certaines qualités qui sont complétement personnelles à l'agent et qui, si elles doivent influer sur la pénalité qui lui sera infligée, n'aggravent pourtant en rien le caractère de son crime; ainsi la récidive : il est évident que l'aggravation résultant de l'état de récidive de l'auteur principal ne peut être étendue aux complices. Il est, au contraire, d'autres qualités qui, bien que tirées de la personne même de l'agent, influent profondément sur le caractère même de l'acte et doivent influer sur la responsabilité de tous ceux qui y prêtent leur concours; ainsi, pour prendre l'exemple indiqué dans le système même que nous combattons, la qualité, chez l'agent principal du crime, de père de la victime sur laquelle est commis un attentat à la pudeur. Comment admettre, en pareil cas, que les complices qui connaissent le lien spécial qui unit le coupable à la victime, ne seront pas passibles de l'aggravation de pénalité qui en résulte? Ils ont sciemment et volontairement participé à un crime plus odieux au point de vue moral, au point de vue social plus dangereux, que l'attentat ordinaire : les exigences de la justice morale et de l'utilité sociale qui doivent, comme l'auteur le rappelle, concourir pour qu'une peine soit légitime, ne concourent-elles pas ici pour l'aggravation de la pénalité à l'égard des complices? C'est donc avec raison, selon nous, que la Cour de cassation refuse d'appliquer aux complices l'aggravation qui résulte de l'état de récidive de l'auteur principal, et leur applique, au contraire, celle qui résulte de qualités personnelles de cet auteur, influant sur la gravité du crime.

Digitized by Google

Dans son deuxième chapitre, M. Gabriel Benoît-Champy discute certaines questions spéciales ; la complicité en matière de duel et de suicide, notamment, sont de sa part l'objet d'intéressantes discussions.

Sur la question du duel, il pense, contrairement à la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation, que le duel n'est pas punissable et ne peut, par conséquent, donner naissance à des faits de complicité. Nous ne pouvons entrer ici dans l'examen d'une si vaste thèse; mais, sans aborder le point de savoir si le duel est compris ou non dans les incriminations générales qui répriment le meurtre et les blessures volontaires, nous pouvons dire seulement que le duel, si l'on veut lui appliquer une pénalité exacte, appelle des dispositions spéciales, qu'il « *mérite l'honneur d'être nommé,* » et qu'il est regrettable de ne pas voir convertir en loi le projet qui avait été présenté, en 1851, à l'Assemblée législative, et pour lequel M. Valette avait préparé un remarquable rapport publié depuis lors dans la *Revue* [1].

Sur la question du suicide, M. G. Benoît-Champy pense avec M. Faustin-Hélie, et contrairement à la jurisprudence de la Cour de cassation, que le coauteur ou le complice n'est pas plus punissable que l'auteur lui-même; à ses yeux, la complicité ne peut être incriminée, le fait principal ne l'étant pas. Or, comment le suicide, coupable au point de vue moral, pourrait-il être réprimé par la loi? « De quel droit, en effet, la société « refuserait-elle à l'un de ses membres le droit de se retirer de « son sein?..... De quel droit imposerait-elle aux hommes une « servitude qui les enchaînerait à la vie?..... Où cesse la pro- « tection de la société, là cessent ses droits. Le suicide n'est « que la plus complète des séparations [2]! »

Le reste du deuxième chapitre est consacré aux règles spéciales de la complicité en matière de soustractions entre époux, d'adultère, de proxénétisme et de corruption de fonctionnaires; en ce qui concerne l'adultère, notamment, l'*Essai* nous offre un exposé complet des diverses solutions intervenues sur ce difficile sujet.

Dans le chapitre troisième, nous trouvons l'énumération des

[1] *Revue critique de législation*, t. XI, p. 414; t. XII, p. 27.
[2] *Essai sur la complicité*, p. 110, 111, 112, *passim*.

Digitized by Google

divers cas qui contiendraient soit des exceptions d'ordre public au principe d'assimilation, comme dans les articles 67, 100, 108, 138, 144, 284, 114, 190, 241-245 du Code pénal, soit des contradictions arbitraires à ce principe, comme dans les articles 268, 292, 294, 414 de ce Code; nous devons dire dans ces dernières hypothèses, comme dans les premières, la dérogation établie par la loi au principe de l'égalité des peines entre l'auteur principal et les complices nous paraît, quant à nous, justifiée par des motifs d'ordre public.

Le chapitre quatrième traite des diverses sources d'atténuation au principe d'assimilation; elles consistent dans la latitude laissée au juge entre le maximum et le minimum, dans la faculté d'accorder des circonstances atténuantes et dans la possibilité de l'acquittement. Ces palliatifs paraissent à M. Gabriel Benoît-Champy, avec grande raison, être insuffisants. La faculté pour le juge de se mouvoir entre un maximum et un minimum que pour les peines temporaires, les moins graves de toutes. Les circonstances atténuantes, et le droit d'abaisser en conséquence la peine de deux degrés, sont un remède plus utile, mais non encore complétement efficace; et l'auteur cite tel fait de complicité qui paraît encore trop sévèrement puni par une peine de deux degrés inférieurs à celle de l'agent principal. Quant à la possibilité de l'acquittement, c'est, dit-il, un funeste expédient qui, en cas d'excès dans la peine, se trouve presque toujours employé pour les crimes, et presque jamais pour les délits; les jurés, en effet, aiment mieux violer la loi que d'exagérer la répression, et les juges correctionnels, naturellement sévères, croiraient volontiers qu'il ne peut se rencontrer un innocent dans cette suite uniforme de prévenus presque toujours coupables, qui, chaque jour, se déroule à leurs yeux. — Nous reconnaissons, avec M. Gabriel Benoît-Champy, que souvent le jury, placé en face d'une peine excessive qu'il est censé ne jamais connaître, et dont il se préoccupe toujours, tranche en faveur de l'impunité la question qui s'agite entre la loi et sa conscience; mais nous avons peine à croire, en ce qui regarde les juges correctionnels, que l'inépuisable succession des misérables qu'ils ont à juger les amène nécessairement à condamner toujours et à sévèrement condamner. A nos yeux, au contraire, pour quiconque n'apporte pas un esprit étroit ou un cœur dur dans ces pénibles fonctions de la justice répressive,

Digitized by Google

l'effet qu'elles produisent doit être tout différent : on demande à sa conscience, avant de prononcer sur le sort d'un prévenu, ce qu'on aurait été soi-même si l'on avait été placé dans les mêmes conditions et exposé aux mêmes entraînements; on comprend douloureusement cette parole inspirée à l'esclave Térence par un secret pressentiment de la pensée chrétienne :

Homo sum; nihil humani a me alienum puto;

on tient compte, avant de décider de l'avenir d'un homme, de tous les éléments de son passé, des causes souvent involontaires qui ont amené sa chute, des défaillances d'une raison souvent mal éclairée, des égarements de la passion, des infirmités morales de la nature humaine, des maux inhérents à cette vie et surtout de la misère, *fames malesuada*, qui engendre tant de fautes; on s'impose une double règle, d'abord de ne condamner jamais que ceux dont la culpabilité est bien démontrée, et en second lieu de ne leur infliger jamais que le minimum de répression exigé contre eux par la nécessité sociale; enfin on n'oublie pas que la modération dans les jugements[1] est non-seulement une loi d'humanité, mais aussi une partie même de la justice.

Il faut donc reconnaître que cette sévérité excessive que redoute M. Gabriel Benoît-Champy n'est pas dans le rôle nécessaire des juges de répression, et que, si l'on ne peut considérer la faculté des acquittements comme un remède légitime à la rigueur de la loi qui assimile en principe le complice à l'auteur principal, on peut au moins, dans la pratique la plus ordinaire des faits, trouver des remèdes le plus souvent efficaces dans la mobilité des peines temporaires et dans le droit d'accorder le bénéfice des circonstances atténuantes.

Le cinquième chapitre traite de la procédure en matière de complicité, et notamment de l'indivisibilité de la procédure, qui a pour effet d'amener le complice devant la juridiction compétente à l'égard de l'auteur principal, sauf certaines distinctions en ce qui concerne les juridictions spéciales.

Enfin le dernier chapitre a pour objet la matière du recel,

[1] Voir dans cette *Revue*, t. XV, p. 402, l'article de M. le conseiller Flandin *sur la mansuétude dans les jugements*.

Digitized by Google

qui, comme l'auteur le fait remarquer, constitue un délit nouveau, et nullement, comme le dit la loi, un cas de complicité.

IV.

Telle est, en substance, la remarquable monographie que nous nous proposions de faire connaître. Une division méthodique et complète du sujet, une discussion toujours précise et souvent développée de toutes les questions qu'il présente, une connaissance approfondie de la doctrine et de la jurisprudence, une fermeté indépendante dans les solutions et dans les critiques, une ardeur généreuse et, dans plus d'un passage, éloquente pour le perfectionnement de notre loi pénale; telles sont, à nos yeux, les qualités principales qui distinguent l'*Essai sur la complicité*. Licencié ès lettres, docteur en droit, lauréat de la Faculté de droit dans ses concours généraux, M. Gabriel Benoît-Champy vient d'ajouter, par cette publication, un fleuron nouveau à sa jeune couronne. Ce sont là, nous sommes heureux de le reconnaître, des titres sérieux dès à présent; ce sont aussi de belles promesses d'avenir.

GEORGE GENREAU.

COURS DE DROIT ADMINISTRATIF APPLIQUÉ AUX TRAVAUX PUBLICS

Par M. COTELLE, professeur de droit administratif à l'École des ponts et chaussées (3e édition).

Compte rendu par M. CHATIGNIER, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation.

Un éminent et regrettable publiciste a remarqué qu'au XVIIIe siècle « l'administration publique était déjà très-centralisée, très-puissante, prodigieusement active, qu'elle influait « déjà de mille manières, non-seulement sur la conduite générale des affaires, mais sur le sort des familles et sur la vie

Digitized by Google

« privée de chaque homme[1]. » — Assurément cette puissance et cette activité n'ont pas diminué de nos jours. — Quelque opinion qu'on ait d'ailleurs sur les conséquences de ce fait, il est certain que la France est un pays d'immense centralisation, où les rapports des particuliers avec ce qu'on nomme *l'Administration* sont infinis. La connaissance de ces rapports et des règles qui les régissent, tel est le but du droit administratif, dont l'une des branches les plus importantes est incontestablement celle des *travaux publics*. — Les travaux publics, en effet, circonviennent et menacent la propriété de toute part : — Torts et dommages, droit de fouille, plus-values, expropriation, autant d'attaques plus ou moins douloureuses pour le propriétaire, et qui se produisent plus fréquemment aujourd'hui que jamais. — Dans ce conflit continuel de l'administration avec la propriété, il est essentiel qu'administrateurs et particuliers soient édifiés sur leurs droits et leurs devoirs respectifs. La conciliation des prérogatives des uns avec les garanties dues aux autres ne laisse pas que d'être assez délicate en une foule de circonstances, et le sujet était véritablement digne d'appeler les méditations et les travaux des jurisconsultes.

M. Cotelle, chargé en 1831 de l'enseignement du droit administratif à l'École des ponts et chaussées, est le premier qui l'ait traité *ex professo* dans un ouvrage de longue haleine. — Toutes les personnes qui ont eu à approfondir le contentieux des travaux publics ont lu et apprécié son livre. Mais, depuis l'époque déjà ancienne de son apparition, que de changements survenus dans la législation ! que de décisions à recueillir dans la jurisprudence, plus nouvelles encore par leur esprit que par leur date ! — L'auteur du *Cours de droit administratif appliqué aux travaux publics* a senti qu'il fallait se remettre à l'œuvre ; il s'est imposé la tâche d'une révision complète, et l'édition actuelle (qui est la troisième) est véritablement un livre presque nouveau.

Le plan est resté le même : — des prolégomènes ou notions générales très-étendues sur l'organisation publique et administrative de la France, sur celle des deux services des ponts et chaussées et des mines, sur les lois et règlements, les juridictions administratives, etc. ; — puis trois grandes divisions ainsi

[1] M. de Tocqueville, *L'ancien régime et la révolution*.

Digitized by Google

formulées : — l'organisation et l'exécution des travaux publics en France, — leur administration et leur conservation, — la limite respective des compétences administrative et judiciaire.

Ne pouvant suivre l'auteur dans cette vaste carrière, qu'il n'a d'ailleurs pas complétement parcourue[1], nous nous attacherons aux parties qui nous ont paru offrir le plus d'intérêt et de nouveauté, comparativement aux précédentes éditions; celle, par exemple, où il est traité de l'exécution des travaux publics dans ses rapports avec l'industrie et les capitaux privés, notamment des rapports de l'État avec ses entrepreneurs, offre des développements de principes et d'espèces qu'on chercherait vainement ailleurs.

On sait que les marchés de travaux publics, dans le service des ponts et chaussées, sont soumis à un règlement appelé *cahier des clauses et conditions générales*, dont la rigueur a provoqué de justes critiques, car, au point de vue même des intérêts de l'État, faire des conditions trop dures aux entrepreneurs c'est décourager l'industrie privée et ouvrir la porte à la fraude et à la mauvaise foi. — Sous l'impression de ces critiques qui se sont reproduites avec plus de force, et peut-être aussi avec plus de chance d'être écoutées, après la révolution de 1848, des modifications plus conformes au droit commun avaient été arrêtées; mais jusqu'ici M. le ministre d'État, seul, se les est appropriées pour les marchés à passer dans son service, et l'administration des ponts et chaussées, dans le sein de laquelle cependant les changements en question avaient été préparés, hésite encore à les adopter définitivement. — M. Cotelle, qui dès sa première édition s'était toujours déclaré en faveur du droit commun et de la stricte observation des principes des contrats synallagmatiques, devait constater avec empressement les améliorations introduites dans le cahier-type du ministère d'État, et il les signale comme pouvant en faire augurer d'analogues dans le régime des marchés des ponts et chaussées. — Il n'a pas manqué non plus de relever la remarquable impartialité que montre, aujourd'hui plus que jamais, la jurisprudence administrative dans le jugement des contestations qui s'élèvent entre les entrepreneurs et l'État. — Sous ce rapport, l'auteur a largement exploité, non-seulement les arrêts du Conseil d'État,

[1] Le quatrième volume n'est pas encore paru.

Digitized by Google

mais une source toute nouvelle à laquelle il lui a été permis de puiser auprès de l'administration elle-même : nous voulons parler des nombreux avis inédits du conseil général des ponts et chaussées sur les difficultés qui lui sont soumises par le ministre, documents précieux, qu'on doit savoir gré à l'administration et à l'auteur d'avoir livrés à la publicité, dans l'intérêt de la doctrine. — Ces avis, pour la plupart, font honneur à l'équité des hauts fonctionnaires de ce corps savant, qui ne passe pas pourtant, dans le public, pour être très-tendre à l'endroit de la propriété et de l'industrie privée. Nous citerons, entre beaucoup d'autres, ceux des 27 mars et 15 juin 1856, qui repoussent l'application de la clause pénale stipulée dans le devis des travaux de construction des ponts de l'Alma et des Invalides, pour le cas où ces travaux ne seraient point achevés au terme fixé, application qui était réclamée dans toute sa rigueur par le préfet de la Seine, et qui eût soumis les entrepreneurs à une retenue de 95,000 francs dans un cas, et de 200,000 francs dans l'autre. — Le conseil général prend en considération les causes qui ont pu paralyser la bonne volonté des entrepreneurs, et déclare qu'en général, pour l'application d'une telle clause, il y a lieu de se livrer à une appréciation morale des faits et circonstances de l'affaire. — Dans l'avis du 12 juin 1848, le même conseil propose de délier de ses engagements un entrepreneur de travaux maritimes, à qui l'exécution faisait éprouver des pertes considérables par suite de la composition vicieuse d'un prix dont les éléments n'étaient pas bien connus lors de l'adjudication. — Un grand nombre de documents de cette nature est analysé et rapporté par M. Cotelle, avec le plus grand fruit pour l'instruction du lecteur qui constate avec plaisir cette alliance de la science de l'ingénieur avec un sens délicat du droit. Lorsqu'à côté de cette sorte de jurisprudence intérieure de l'administration, on présente celle du Conseil d'État, on a aussi complétement que possible éclairé la théorie par la pratique ; et c'est bien là, en effet, le mérite particulier du livre de M. Cotelle. Les arrêts du Conseil d'État sur le contentieux des marchés de travaux publics sont dictés par un esprit véritablement nouveau dans les traditions administratives, et attestent que cette haute juridiction comprend parfaitement les conditions auxquelles l'État peut espérer être bien et loyalement servi par ceux qui traitent avec lui. — En voici quelques exemples :

Digitized by Google

Il y a dans le cahier des clauses et conditions générales une disposition qui interdit à l'entrepreneur, sous aucun prétexte d'erreur ou d'omission dans la composition du prix des sous-détails, de revenir sur les prix par lui consentis. — Des matériaux qui n'étaient pas soumis au droit d'octroi, lors de la rédaction du devis, en sont plus tard frappés; l'entrepreneur en réclame le remboursement, faut-il lui appliquer la disposition que nous venons de rapporter? D'anciens arrêts l'avaient ainsi jugé; mais d'autres plus récents décident, au contraire, que lorsque dans les prévisions du rédacteur du devis n'était pas entré le droit d'octroi, il y a lieu de tenir compte à l'entrepreneur de ce nouvel élément de dépense.

Dans des travaux importants de construction de chemin de fer, le devis annonçait que « des sondes ouvertes à l'avance sur « toute la ligne à adjuger mettaient l'entrepreneur à même « d'apprécier la nature des couches à déblayer sous le rapport « des mains-d'œuvre de fouille et charge, *et que le prix ne su-* « *birait aucune modification, quelle que fût la nature de ces* « *couches.* » — Les sondages en question avaient révélé de la terre mêlée de rocher *tendre.* L'entrepreneur, cependant, rencontre du rocher *très-dur,* et il s'aperçoit que les sondages, dont le résultat avait en quelque sorte servi de base à son adjudication, ont été faits tantôt en dehors de la véritable ligne d'exécution, tantôt à une profondeur insuffisante. — Il réclame: les ingénieurs, et après eux le conseil de préfecture, lui opposent l'invariabilité du prix accepté! — Mais le Conseil d'État « considérant que la position irrégulière de certaines sondes « et les données inexactes résultant de ce que tous les sondages « avaient été arrêtés à plusieurs mètres au-dessus du niveau de « la voie, *avaient induit l'entrepreneur en erreur sur la véri-* « *table nature des travaux à exécuter,* » lui alloue une indemnité de 150,000 francs.

Ainsi les marchés de travaux publics, comme les autres contrats, doivent être exécutés de bonne foi. Il y faut rechercher la commune intention des parties et y appliquer les principes du droit commun en matière d'interprétation des conventions; idées fort simples et fort justes, assurément, mais qui ont mis plus de temps qu'on ne croit à faire leur chemin dans la justice administrative.

Nous avons remarqué aussi, dans cette partie de l'ouvrage,

Digitized by Google

des détails historiques intéressants. — L'auteur rappelle, par exemple, que c'est à l'illustre Vauban que l'administration française doit le système de la publicité et du concours au rabais, pour les adjudications de travaux publics auparavant monopolisées, au grand préjudice des deniers publics, dans les mains de quelques protégés des intendants. — A propos du décret du 26 pluviôse an II, relatif au privilége des ouvriers et fournisseurs sur les fonds destinés par l'État à être payés aux entrepreneurs, il fait connaître un document d'où l'on peut induire que les législateurs de l'an II n'auraient fait que recueillir en ce point les traditions de l'ancienne administration de la guerre. — « En 1680, dit-il, Louvois fut informé, par l'intendant de Picardie, qu'à Saint-Omer des ouvrages de défense militaire, qui s'exécutaient sous les ordres de Vauban, se trouvaient suspendus par suite d'une saisie-arrêt pratiquée par les créanciers particuliers de l'entrepreneur sur les fonds destinés aux travaux. Il ordonna aussitôt à l'intendant de dessaisir le juge de Saint-Omer de la contestation, parce que les fonds destinés aux ouvrages publics, exécutés par les ordres du roi, ne pouvaient devenir l'objet de saisies qui entraveraient cette exécution. — C'est probablement, ajoute M. Cotelle, sous l'empire de cette tradition, encore subsistante dans le service du génie, que la Convention nationale aura rendu le décret du 26 pluviôse an II. » — Le fait dont il s'agit confirmerait, une fois de plus, cette observation de M. de Tocqueville, que les mœurs et les institutions administratives qui nous régissent appartiennent en réalité à l'ancien régime, et que la Révolution et l'Empire n'ont fait que continuer, en les appropriant à leur usage, les traditions antérieures.

Une matière traitée également avec beaucoup de soin et d'actualité par l'auteur est celle de la *grande voirie.* — Là encore il a tiré un excellent parti des avis du conseil général des ponts et chaussées, dont il invoque souvent l'autorité, et qui nous ont paru, en effet, marqués au coin d'une haute raison et d'un respect sincère pour la propriété. Ainsi, la question s'étant élevée de savoir si les particuliers pouvaient prétendre sur le domaine public des *droits* de servitude dont la suppression donnât lieu à indemnité, le conseil général proteste contre la doctrine qui tendrait à faire considérer les voies et accès ouverts sur une voie publique comme de pure tolérance, et de-

Digitized by Google

vant disparaître *ipso facto* après le déclassement de cette voie; et il proclame que l'administration ne se reconnaît pas le droit de supprimer, sans indemnité, les issues ouvertes régulièrement sur la voie publique.

L'ouverture des chemins de fer est venue bouleverser les conditions de la circulation publique et modifier en fait le classement des routes, tel qu'il résultait du décret du 16 décembre 1811. — Des routes impériales, auparavant très-fréquentées, ont perdu presque toute leur importance; des routes départementales, au contraire, et même de simples rues de villes ou de bourgs conduisant aux gares, ont reçu un accroissement de circulation considerable. — De là, des demandes formées par des départements ou des communes pour faire classer au rang de routes impériales les voies ainsi tranformées. Fallait-il les accueillir immédiatement, et avant qu'on eût pu reconnaître, dans des vues générales, les conséquences financières d'un classement nouveau des différentes voies? Le conseil ne l'a pas pensé. L'intérêt du trésor et celui des localités elles-même (car il s'agirait aussi de reporter à la charge des départements et communes certaines routes impériales aujourd'hui déchues) exigent qu'on étudie d'ensemble un remaniement aussi considérable. Il ne saurait suffire, par exemple, pour qu'une route départementale puisse être élevée au rang de route impériale, que la circulation s'y soit accidentellement accrue sur quelques kilomètres; il faut encore que le même accroissement se remarque sur les routes qui lui font suite dans les départements voisins. (Avis du 22 février 1855.)

L'établissement sur nos routes de voies ferrées à traction par chevaux, dites *chemins de fer américains*, a donné lieu aussi à d'intéressantes délibérations. Le conseil ne paraît pas favorable à ce genre de spéculation. Il pense d'abord qu'on ne doit point autoriser ces voies ferrées sur des routes ayant moins de 10 mètres de largeur, et offrant des pentes supérieures à $0^{m},03$ par mètre. Il voudrait, d'ailleurs, que le projet présenté réunît ces conditions : d'offrir une utilité réelle au public, soit comme rapidité, soit surtout comme économie de frais de transport, de ne pouvoir imposer de nouvelles charges au trésor ni pour le présent ni pour l'avenir, enfin même qu'il ne constituât pas une affaire évidemment mauvaise pour les entrepreneurs et les actionnaires.

Digitized by Google

On lira encore avec beaucoup d'intérêt les discussions auxquelles ont donné lieu, dans le sein du conseil, les modifications proposées par le Conseil d'État (section des travaux publics) à des plans généraux d'alignement qui lui étaient soumis, modifications inspirées par un esprit de ménagement pour les propriétés riveraines qui a paru quelquefois exagéré à l'administration.

Une question qui, pendant longtemps, a profondément divisé les deux administrations des ponts et chaussées et des eaux et forêts, est celle de l'interprétation de l'article 3 de l'ordonnance de 1669, lequel prescrit l'essartement « des bois, épines et « broussailles se trouvant dans l'espace de 60 pieds *ès grands* « *chemins.* » La première entendait cette disposition en ce sens qu'il fallait essarter à une distance de 20 mètres, à partir de chaque côté extérieur de la route; la seconde soutenait, au contraire, qu'il s'agissait seulement de rendre libres les 60 pieds formant la largeur de la route. — M. Cotelle avait pris, sur l'invitation même de l'administration des ponts et chaussées, une part active à cette discussion et avait chaudement épousé la cause des eaux et forêts. Il rapporte un avis du Conseil d'État, en date du 31 décembre 1849, provoqué par M. le ministre des travaux publics, qui a sanctionné son opinion et déclaré qu'une loi seule pourrait établir une servitude d'essartement en dehors des 60 pieds dont parle l'ordonnance de 1669.

Il est un autre point sur lequel le Conseil d'État, statuant au contentieux cette fois, a donné tort aux ponts et chaussées; mais ici M. Cotelle se range du côté de cette administration; il s'agit de la question de savoir si le privilége accordé par les anciens règlements aux *entrepreneurs* de travaux publics, de prendre leurs matériaux dans tous les lieux indiqués par leurs devis, peut être étendu aux *fournisseurs* de matériaux qui n'ont passé avec l'administration que de simples marchés de fournitures, sans devis. Le Conseil d'État, par une jurisprudence aujourd'hui bien établie, décide la négative, sous l'empire, sans doute, de cette double considération que les servitudes sont de droit étroit, et que celle d'extraction de matériaux est une des plus lourdes pour la propriété. — Nous avouons nos sympathies pour cette doctrine, et nous ne pouvons par conséquent nous associer aux critiques de l'auteur, persuadé que nous sommes que l'administration saura fort bien obvier aux

Digitized by Google

inconvénients qui peuvent en résulter pour elle dans la pratique.

Le troisième volume est terminé par une théorie des procès-verbaux de grande voirie, qui offre l'analyse d'un traité complet et spécial publié par l'auteur, il y a quelques années, sous le titre de *Traité des procès-verbaux de contraventions en matière administrative.* C'est dire que cette matière a été approfondie autant qu'elle pouvait l'être.

En résumé, le livre de M. Cotelle, rajeuni comme il l'est aujourd'hui, conserve son originalité et son mérite propre au milieu des nombreuses publications dont le droit administratif a été l'objet dans ces derniers temps. — Aucune de celles-ci ne saurait le remplacer pour l'importante spécialité des travaux publics. — On s'est plaint quelquefois des allures un peu despotiques, vis-à-vis de la propriété, de certains membres de ce corps distingué; nous sommes certain que ce reproche ne sera jamais adressé à ceux qui auront suffisamment médité le *Cours* de l'honorable professeur. — A ce point de vue, l'enseignement de l'école des ponts et chaussées acquiert une véritable importance pour le public et pour l'administration elle-même, la première intéressée au respect du droit et de la légalité.

CHATIGNIER.

Digitized by Google

PARTIE ÉTRANGÈRE.

DES PRÉCAUTIONS A PRENDRE DANS LES RELATIONS COMMERCIALES DE LA FRANCE AVEC L'ANGLETERRE,

Par M. Montagne Leverson, *solicitor* à Londres.

Il est à espérer que le récent traité de commerce conclu entre la France et l'Angleterre aggrandira considérablement le cercle des relations commerciales entre Français et Anglais, et que par suite le chiffre des avances et du crédit s'accroîtra. Le résultat ultérieur sera indubitablement la substitution d'une confiance cordiale et réciproque à ces méfiances et à ces haines internationales, engendrées par les préjugés et par l'ignorance, et entretenues par les hommes d'État, intéressés à maintenir sur pied de puissantes armées et à grossir le budget.

Il est à craindre cependant que, dans les premiers résultats, cette extension du commerce n'aggrave, au lieu de la supprimer, la méfiance actuelle, surtout chez les Français contre les Anglais. Cela proviendra probablement des différences profondes de caractère et de législation dans les deux pays. Si les Français n'en tiennent pas compte ils en souffriront bien plus que les Anglais dans leurs rapports réciproques.

Il nous a donc paru utile de signaler aux négociants français les précautions qu'ils doivent prendre dans les affaires avec l'Angleterre. Si nous le faisons assez clairement pour être bien compris, nous diminuerons d'autant les chances de perte et conséquemment les motifs de méfiance et de désappointement. Les pertes que nous voulons signaler sont celles qui proviennent d'avances faites à des individus demeurant en Angleterre, indignes du crédit qu'on leur accorde.

Nous avons dit que les Français traitant avec l'Angleterre perdront plus que les Anglais traitant avec la France. Donc ce

Digitized by Google

qui suit peut paraître un paradoxe; mais nous prions nos lecteurs de prendre bonne note de notre affirmation, en attendant la preuve que nous donnerons plus tard.

La législation commerciale anglaise n'établit aucune différence entre les Anglais et les étrangers en ce qui concerne la loi et la procédure.

Pour bien faire ressortir ce point, supposons les cas suivants :

1. Un Anglais en Angleterre, demandeur, contre un Anglais en Angleterre;

2. Un Anglais hors d'Angleterre, demandeur, contre un Anglais en Angleterre;

3. Un Anglais en Angleterre, demandeur, contre un étranger en Angleterre;

4. Un Anglais hors d'Angleterre, demandeur, contre un étranger aussi hors d'Angleterre;

5. Un étranger en Angleterre, demandeur, contre un Anglais en Angleterre;

6. Un étranger hors d'Angleterre, demandeur, contre un Anglais en Angleterre;

7. Un étranger en Angleterre, demandeur, contre un étranger en Angleterre;

8. Un étranger hors d'Angleterre, demandeur, contre un étranger en Angleterre.

Dans les cas 2, 4, 6 et 8, le demandeur est obligé de déposer une caution pour les frais, et, dans ce cas seulement, *le défendeur n'y est jamais obligé*. Mais, dans un cas quelconque de ceux cités ci-dessus, si le défendeur, Anglais ou étranger, est sur le point de quitter l'Angleterre, le demandeur, en y faisant preuve, peut obtenir d'un juge un mandat d'arrêt contre le défendeur et le faire incarcérer jusqu'à ce qu'il ait fourni caution pour la dette et les frais. A ceci se joint un autre défaut de justice, dépendant de la procédure anglaise, que nous traiterons ailleurs. Nous avons cité le cas qui précède pour montrer la stricte impartialité de la loi anglaise entre Anglais et étrangers; les imperfections de la loi anglaise que nous allons signaler pèsent également sur les sujets anglais et sur les étrangers.

Si l'on a en Angleterre un débiteur résolu à ne pas acquitter sa dette, dans neuf cas sur dix (à moins que la somme ne soit

Digitized by Google

très-forte) il vaut mieux se résigner à perdre le montant intégral de la créance que d'en exiger le recouvrement en poursuivant devant les tribunaux. Cela résulte des imperfections de la procédure civile et des lois sur la banqueroute; mais il y a un autre genre de dettes qu'on peut contracter impunément en Angleterre, avec un concours de circonstances qui, en France, enverraient certainement le débiteur aux galères. Ce qui s'est passé récemment fera mieux comprendre ce genre de fraude.

Un individu A. B. établit vingt bureaux sur divers points de la Cité. Dans le premier, il prend le nom de C. D.; dans le second, E. F.; dans un autre, G. H., et ainsi de suite, évitant en général de donner son véritable nom dans aucune de ces « raisons sociales, » se posant toujours comme le commis d'une de ces « raisons sociales, » quelles qu'elles soient dans ces différents bureaux. Chaque raison sociale commerce sur un article différent, et le nom fictif choisi ressemble toujours de très-près à des noms très-connus et très-respectés dans la même branche de commerce. Cela fait, on inonde de circulaires l'Europe, l'Amérique, l'Inde même, pour demander des échantillons. Si les échantillons arrivent, une demande considérable est immédiatement faite, et l'on envoie pour les renseignements à une ou plusieurs des maisons confédérées. Il est aisé de comprendre sans peine que les renseignements sont excellents; et il arrive malheureusement trop souvent que, d'après ces renseignements imparfaits, l'expédition des marchandises a lieu; un mandat est tiré et accepté; et, à son échéance, la « raison sociale » a disparu et a été remplacée par un nouveau nom.

Il n'est pas surprenant qu'un négociant français expédie des marchandises, sur la foi d'excellents renseignements, sans se livrer à une enquête sévère; car des escroqueries du genre précédent sont aussi rares en France que les crimes les plus atroces. Si des coquins se permettaient de pareils tours en France, la police les arrêterait immédiatement, et toute la bande serait condamnée aux galères. En Angleterre, au contraire, ces odieuses fraudes sont impunies; l'amour de la liberté individuelle est si profondément enraciné chez les Anglais, et ils veillent à sa préservation entière avec un soin si jaloux, que, malgré les principes philosophiques de la liberté, ils imposent au pouvoir exécutif les restrictions les plus ab-

Digitized by Google

surdes. La liberté individuelle ne souffrirait pas de mesures garantissant le châtiment du crime; mais tant que l'enseignement général n'aura pas rendu le sujet familier au public, aucun Anglais ne consentira à échanger le système actuel, qui garantit la liberté individuelle, contre tout autre système qui pourrait bien, il est vrai, rendre impossible ces fraudes qui se produisent journellement, mais qui aussi soumettraient les honnêtes gens aux funestes effets du despotisme officiel.

On se demande naturellement comment, avec une législation si défectueuse, les Anglais sont devenus la première nation commerciale du monde. La seule explication plausible de ce fait est qu'il doit y avoir une énorme majorité d'hommes probes en Angleterre. C'est bien là, en effet, la principale cause de ce fait. Mais il y a deux autres corollaires : 1° Les commerçants anglais, sachant par l'expérience que la loi les protége peu ou pas du tout, se montrent très-prudents avant d'ouvrir des crédits; notre but est d'engager les Français à observer cette réserve avant d'ouvrir de nouvelles relations en Angleterre. Mais une fois certain de la probité et de la solvabilité d'une maison anglaise, le négociant français peut sans crainte et sans réserve conclure ses transactions, car l'honneur du vrai commerçant anglais est à juste titre tenu en haute estime. 2° L'autre corollaire est que, malgré la prudence et l'honorabilité des commerçants, les pertes, par les mauvaises cautions, sont en général plus considérables sur le chiffre brut des affaires conclues en Angleterre qu'en tout autre pays, excepté l'Amérique où les mêmes causes produisent les mêmes effets.

A toutes ces circonstances qui grossissent la liste annuelle des insolvables, il faut joindre la suivante. Quand un négociant anglais est dans la gêne, la tentation de saisir toute sorte de subterfuges est si forte, et la peine si légère (excepté s'il y a faux), qu'au lieu de s'arrêter et de liquider immédiatement, il lutte ordinairement, dans l'espérance de rétablir ses affaires, contre toutes les chances, jusqu'à ce qu'il ait épuisé tout son actif.

Il est bon cependant de faire remarquer que, dans les cas où les capitaux engagés sont assez considérables pour compenser les frais énormes résultant des délais de la plaidoirie, la procédure anglaise, bien que très-imparfaite, possède d'admirables ressources qu'on trouve rarement dans d'autres pays.

Digitized by Google

Un défendeur ayant un procès très-envenimé même contre le premier juge d'une des Cours de Queens Bench, de Common Pleas ou d'Exchequer, peut appeler s'il le veut, en sa qualité de défendeur, le juge lui-même par-devant sa propre Cour, avec la plus complète certitude que les juges *puînés* (comme on les appelle) ne favoriseront en rien leur collègue supérieur, et que parfaite justice sera rendue sans avoir égard aux atteintes que l'enquête pourrait porter à la réputation de leur chef.

Les influences extérieures sont complétement nulles auprès des juges anglais. Depuis Bacon (les procès politiques exceptés) le soupçon n'a même jamais atteint l'impartialité des juges, et comme le dit le grand Bentham : « Il vaudrait mieux peut-être pour un demandeur ou un défendeur de cracher à la face de son juge que d'essayer de le corrompre par des sollicitations. »

Outre cela, l'interrogatoire et le contre-interrogatoire des témoins en public est un merveilleux moyen de découvrir la vérité; et toute l'influence même du gouvernement, dans un cas politique, ne saurait fermer la bouche à un avocat, ni l'empêcher de réduire à néant la déposition d'un faux témoin; et les juges lui prêteraient en cela tout leur appui. — Ce que nous venons de dire ne s'applique pas complétement à la Cour de Chancery, où la procédure romaine est encore en vigueur. Le procès de l'empereur d'Autriche contre Kossuth pendant devant cette Cour en est un exemple frappant. — Il n'y a pas en Angleterre un seul homme de loi qui ne soit certain que la décision définitive sera pour Kossuth contre l'empereur d'Autriche, malgré les désirs du gouvernement et des juges. — Mais si le procès pouvait être intenté par-devant une Cour quelconque des Common Law, c'est-à-dire de Queens Bench, Common Pleas ou Exchequer, il est incontestable que l'empereur n'aurait même pas pu obtenir le premier ordre qu'il sollicitait en l'absence du défendeur.

Pour bien faire connaître la loi et la procédure anglaises, nous croyons que le meilleur moyen est de donner un compte rendu des causes dans lesquelles l'application en a été faite; c'est ce que nous ferons dans les articles suivants. Cette méthode est suivie dans les sciences exactes parmi lesquelles nous classons la jurisprudence.

Nous pensons que cela intéressera le public et les hommes

Digitized by Google

de loi; si tout praticien voulait bien, chaque année, publier un cas de sa pratique soigneusement étudié, cela ferait annuellement un volume de faits dont l'ensemble fournirait à la généralisation des éléments suffisants, comme cela se pratique dans les sciences. Il est d'autant plus surprenant qu'on n'y ait pas encore songé, qu'il est très-facile de classer les faits en science légale. Différents en cela de plusieurs phénomènes naturels, dont l'existence fugitive ne permet de les observer qu'à l'instant où ils se produisent, les faits de procédure légale ont une existence suivie; ils font eux-mêmes leur rapport. On peut toujours consulter le rapport des divers cas, les classer et les utiliser.

MONTAGNE LEVERSON.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL

De la Jurisprudence en matière criminelle.

Par M. DE GERANDO,
procureur général près la Cour impériale de Metz.

Y a-t-il crime de viol, d'après la loi française, dans le fait de celui qui, seulement par surprise, abuse d'une femme mariée pendant son sommeil, à la faveur de la nuit et de la persuasion où est cette femme qu'elle se livre à son mari ?

Cette question, qui n'en est pas une moralement, est encore, au point de vue juridique, très-controversée parmi les criminalistes. Résolue négativement le 13 octobre 1828 par la Cour de Besançon, puis par celle de Nancy le 14 mai 1857, elle l'a été affirmativement par deux arrêts de la Cour de cassation en date du 25 juin 1857 et du 31 décembre 1858, et par un arrêt de la Cour de Metz du 20 juillet 1857, intervenu sur le renvoi que lui avait fait la Cour suprême de l'affaire jugée par la Cour de Nancy.

Cette solution affirmative a trouvé, dans la Cour de Metz elle-même, un énergique contradicteur ; M. le conseiller Grand l'a combattue [1], et son opinion est conforme à celle d'Achille Morin [2], de Mittermaier [3] et de M. Haus, professeur à la Faculté de droit de l'Université de Gand et auteur d'un *Cours de droit criminel* fort estimé en Belgique. MM. Chauveau (Adolphe) et Faustin Hélie dans leur *Théorie du Code pénal* [4], et Dalloz dans son *Répertoire méthodique de législation* [5], ont, au contraire, soutenu la thèse qui a triomphé devant la Cour de cassation.

Elle m'a paru mériter un nouvel et sérieux examen ; car il s'agit de savoir si un fait réputé par tous souverainement immoral et condamnable doit échapper, en France, à toute répression ; si un attentat aux mœurs, prévu et puni par la plupart des législations étrangères, ne l'a pas été par la loi française.

[1] *Journal du Palais*, 1857, p. 887.
[2] *Répertoire général du droit criminel*, v° *Viol*.
[3] Additions au *Manuel de droit pénal de Feuerbach*.
[4] 2e édit., t. IV, p. 279.
[5] V° *Attentat aux mœurs*, art. 4, § 1.

Digitized by Google

Un aperçu historique de la question pourra, je crois, éclairer d'avance et faciliter sa solution doctrinale.

On sait qu'à Rome la loi punissait de mort le rapt, qu'il eût été ou non suivi de viol, et qu'elle confondait ainsi le second crime avec le premier. L'organisation et les mœurs de la famille romaine, qui protégeaient si puissamment la femme contre tout attentat à sa pudeur dans le foyer domestique, expliquent cette confusion des deux crimes, dont l'un était le précurseur de l'autre et, en quelque sorte, le moyen nécessaire de sa perpétration. Mais il est à remarquer que la loi infligeait la même peine au rapt de violence et au rapt de séduction, en faisant dépendre la criminalité du second de *l'artifice* et des moyens *insidieux* à l'aide desquels le ravisseur avait déterminé la femme à se laisser enlever [1].

Les jurisconsultes romains qui ont été les plus éminents interprètes de la philosophie du droit, ne faisaient pas consister essentiellement la violence dans la force matérielle; ils considéraient tout acte illicite et contraignant la volonté comme un acte de violence. Le sens juridique du mot *vis*, d'où est dérivé celui de *viol*, avait été ainsi défini par Quintus Mutius Scœvola: « Vi factum id videtur esse, qua de re quis, cum prohibetur, fecit [2]; » et Ulpien, qui donnait son approbation complète à cette définition [3], l'avait développée en ces termes : « Vis fiebat mentio, propter necessitatem impositam contrariam voluntati [4]. »

Toutefois, le système qui ne reconnaît que la violence matérielle avait été soutenu par Pomponius à propos de l'*interdictum unde vi*, c'est-à-dire de l'action en réintégrande. Labéon ayant admis la dépossession par violence dans un cas où la violence n'était que morale, Pomponius avait été d'un avis contraire, en déclarant qu'il n'y avait pas de violence sans l'emploi de la force physique; mais Ulpien se prononça en faveur de Labéon [5].

La loi Julia, au Digeste, *De vi publica*, offre plusieurs exem-

[1] « ... Quia hoc ipsum velle mulierum ab *insidiis* nequissimi hominis, qui meditatur rapinam, inducitur. Nisi enim eam sollicitaverit, nisi *odiosis artibus* circumvenerit, non faciet eam velle in tantum dedecus sese prodere. » (L. unica, C., *De raptu virgin. seu viduar.*)

[2] D., *De reg. jur.*, L. 73.

[3] D., *Quod vi aut clam*, L. 1, § 5.

[4] D., *Quod metus causa*, L. 1.

[5] D., *De vi et de vi armata*, L. 1, § 29.

Digitized by Google

ples de l'assimilation de la fraude et du dol à la violence, au point de vue de la criminalité [1].

Une disposition spéciale de la loi sur les adultères réprimait toute conjonction illicite (*stuprum*), même *sans violence*, avec une fille ou une veuve d'honnête conduite [2]; et ce texte suffirait pour prouver qu'à Rome un viol commis, seulement par fraude, dans les circonstances ci-dessus indiquées, ne serait pas demeuré impuni.

Menochius n'hésite pas à placer sur la même ligne le dol et la violence quant à la criminalité du viol : « Si dolus vel vis intercessit in stuprando, tum, sine controversia, pœna est mortis naturalis [3]. » Un autre commentateur du droit romain, très-estimé en Allemagne, Leyser, dans son ouvrage sur les Pandectes, résout en ces termes une question presque identique à celle que je discute : « Stuprum dormienti puellæ illatum, violentum non est, sed dolosum saltem, atque ideo gravius quam stupra communia puniendum, etiam ultimo supplicio si dolus atrocior intervenit [4]. »

Les théologiens et les canonistes [5] considèrent aussi, dans les définitions qu'ils donnent du viol, la fraude et le dol comme équivalant à la violence, parce que ces divers moyens portent également atteinte à la liberté morale. Le spiritualisme du droit canonique se manifeste ici dans toute son élévation.

Dans l'ancien droit français, le viol avait été d'abord confondu avec le rapt de violence qui entraînait toujours la peine de mort. La distinction du *rapt de séduction*, au point de vue de la criminalité, fut introduite en France par l'article 42 de l'ordonnance de Blois, du mois de mai 1579, qui, du reste, appliquait la même peine aux deux crimes de rapt. Je n'en parle

[1] « Qui hominem *dolo malo* incluserit, obsederit..... lege Julia de vi publica tenetur. » L. 5. — V. aussi L. 10.

[2] « Lege Julia de adulteriis stupri flagitium punitur, cum quis *sine vi* vel virginem vel viduam honeste viventem stupraverit. » (Inst., tit 18, *De publ. judic.*, § 4; D., *Ad leg. Jul. de adult.*, L. 34.)

[3] *De arbit. jud.*, quæst. 283, n° 12.

[4] *Meditat. ad Pandectas*, specim. 584, medit. 24, t. IX, p. 149 (édit. de Halle.)

[5] V. notamment Ferraris, *Bibliothèque canonique*, t. VIII, p. 484 (édit. de Venise). — L'abbé Lequeux, *Manuale compendium doctrinæ moralis*, etc., IIe part., n° 62. — L'abbé Carrière, supérieur général de Saint-Sulpice, *Traité de la justice et du droit*, IIIe part., art. 2.

Digitized by Google

que pour faire remarquer qu'on les jugeait également condamnables, quoique le rapt de séduction fût exclusif de la violence matérielle, selon la définition qu'en a donnée Merlin [1] : « Celui qui a lieu sans aucune résistance de la personne ravie, lorsque par artifice, par promesse ou autrement, on la détermine à se laisser enlever. »

Jousse, dans son *Traité de la justice criminelle* [2], a distingué le viol du rapt et l'a défini « toute conjonction illicite, commise par force et contre la volonté des filles, femmes ou veuves. » Mais si *la force*, dans l'opinion de Jousse, est un des éléments constitutifs du viol, il donne à ce mot la signification juridique du droit romain : « On entend en général par *force* ou *violence* toute voie de fait qui se commet d'autorité privée sur une personne....., malgré elle et sans son consentement, et au mépris de l'autorité publique [3]. »

On trouve dans le recueil des arrêts de Papon la preuve que l'ancienne jurisprudence réprimait le viol commis par fraude ou surprise tout aussi sévèrement que le viol effectué à l'aide de violence, et c'est dans une espèce analogue à celle que j'examine qu'est intervenu l'arrêt cité par Papon [4]. « Le parlement de Paris a condamné, dit-il, en mai 1551, un serviteur de cabaret à être pendu et étranglé au gibet, pour avoir abusé de sa maîtresse lorsqu'il la vit endormie au lit, ... et quoique son maître et sa maîtresse n'eussent pas porté plainte, voulant lui sauver la vie. »

Le Code pénal du 6 octobre 1791 [5] infligea des peines distinctes au viol et au rapt, mais sans définir le premier de ces attentats aux mœurs. L'article 332, § 1, du Code pénal, modifié par la loi du 28 avril 1832, se borne aussi à édicter une peine contre quiconque aura commis *le crime de viol*, en laissant à la doctrine et à la jurisprudence l'interprétation de ce qui constitue ce crime.

M. le conseiller Grand, dans la dissertation précitée, ne reconnaît que deux écoles en matière criminelle : « celle qui proclame que la lettre est tout, que l'induction n'est jamais

[1] *Répertoire*, v° *Rapt*.
[2] T. III, part. 4, tit. 29.
[3] T. III, part. 4, tit. 19.
[4] L. 22, tit. 9, n° 4.
[5] Tit. 2, sect. 1, art. 29, 30, 31.

Digitized by Google

permise, et celle qui donne, par interprétation, une certaine extension à la loi pénale, » et il se place dans la première école.

Je pense qu'il aurait dû en admettre une troisième, qui est un *juste milieu* entre celles où il voudrait nous renfermer.

Comme lui, je ne saurais adhérer à la doctrine qui donne, par interprétation, une *certaine extension* à la loi pénale; mais je refuse aussi mon adhésion à celle qui proclame que *la lettre est tout* et que *l'induction n'est jamais permise*. Ce serait, qu'on me permette ce mot, la consécration du matérialisme dans le droit criminel, avec toutes ses conséquences délétères, et pour moi la loi pénale, œuvre de haute intelligence, n'existe pas sans la vie intellectuelle, c'est-à-dire sans l'interprétation de la lettre par l'esprit.

Ce point de vue est celui de la troisième école omise par M. le conseiller Grand dans sa classification, et qui, sans étendre la loi pénale par des *analogies*, par des *équipollents tirés de déductions plus ou moins ingénieuses*, n'admet pas que la lettre soit *tout*, et reconnaît la légitimité de *l'induction* lorsqu'elle est logique, conforme aux principes du droit, et qu'elle ne heurte pas le sens littéral de la loi. C'est à cette école que me rattachent d'anciennes convictions. Son véritable caractère et celui de l'école qui se prête à l'extension du texte ont été mis récemment en lumière dans un rapport fait par un magistrat de la Cour de cassation à l'audience de la chambre criminelle du 24 mai 1860[1], et qui a eu un grand retentissement dans le monde juridique. Quel que soit mon respect pour l'éminent rapporteur, je n'ai pu, sans une profonde surprise, l'entendre dire dans une enceinte d'où nous étaient venus, jusqu'à présent, de tout autres enseignements : « Pour la loi pénale elle-même, il y a l'imprévu, il y a *ce que n'a pas indiqué le législateur*, et ce qui était pourtant dans les limites, dans le cercle de sa pensée. ..... *Subvenir à ces imprévoyances, combler les lacunes de la loi*, c'est là votre œuvre de tous les jours, et quelquefois elle est empreinte d'une *hardiesse salutaire devant laquelle vous ne reculez pas*. » Puis, rappelant à la Cour sa jurisprudence sur

[1] Rapport de M. le conseiller Plougoulm sur le pourvoi ordonné, dans l'intérêt de la loi, contre l'arrêt rendu par la Cour impériale de Paris entre les héritiers Rousseau et l'évêque d'Orléans. (V. la *Gazette des tribunaux* du 25 mai 1860.)

Digitized by Google

le duel, l'illustre magistrat l'a qualifiée de *sage* et *utile violence faite à la loi.*

Mais faire violence à la loi ou la violer, ne sont-ce pas deux termes identiques? Et je me demande si telle a pu être jamais la mission de la Cour régulatrice.

M. le conseiller Plougoulm avait dit excellemment dans le même rapport : « Même dans la loi pénale, dont on ne peut trop respecter le texte et les limites, il y a autre chose que ce qu'elle dit expressément; il y a aussi ce qu'elle a voulu dire, ce qui est conforme à son esprit, ce qu'elle a nécessairement entendu. » Que l'honorable magistrat me permette de m'en tenir à ces paroles, qui résument bien mieux que je ne pourrais le faire, en matière d'interprétation légale, ma pensée et celle de l'école à laquelle j'appartiens.

Il me reste à appliquer ces principes à la solution de la question posée en tête de cet article.

En fait, le nommé Dubas, vers onze heures et demie du soir, le 4 mars 1857, s'était introduit dans la chambre d'une jeune femme mariée depuis quatre mois et d'une conduite irréprochable. En se faisant passer pour son mari au milieu de l'obscurité, il s'était glissé dans son lit et placé sur elle. La jeune femme, à moitié endormie et croyant que son mari voulait remplir le devoir conjugal, s'était prêtée à l'acte de la copulation, mais, s'étant alors aperçue de cette indigne tromperie, elle avait repoussé Dubas et, par ses cris, l'avait contraint à fuir.

Les aveux du prévenu ne laissaient aucun doute sur la sincérité de cette déclaration. Cependant la chambre des mises en accusation de la Cour de Nancy, par un arrêt du 14 mai 1857, déclara qu'il n'y avait pas lieu à suivre contre Dubas, parce que la violence est indispensable pour constituer le crime de viol, que la fraude de l'agent n'est pas une violence, et qu'il faut, pour qu'il y ait crime, non pas seulement une absence ou une surprise de la volonté, mais une volonté contraire, *forcée* par des violences.

Sur le pourvoi du ministère public, cette décision fut annulée par un arrêt de la Cour de cassation du 25 juin 1857 [1], qui porte que le crime de viol n'étant pas défini par la loi, il appartient au juge de rechercher et constater les éléments con-

[1] Dalloz, Ire part., p. 314. — *Journal du palais*, p. 774.

Digitized by Google

stitutifs de ce crime; ..... qu'il consiste dans le fait d'abuser d'une personne contre sa volonté, soit que le défaut de consentement résulte de la violence physique ou morale exercée à son égard, soit qu'il résulte de tout autre moyen de contrainte ou de surprise pour atteindre, en dehors de la volonté de la victime, le but que se propose l'auteur de l'action.

L'affaire fut renvoyée devant la Cour de Metz (chambre des mises en accusation), qui, par un arrêt du 20 juillet 1857, conforme à celui de la Cour de cassation, décida que « si la violence est l'un des éléments essentiels et constitutifs du viol, elle doit s'entendre aussi bien de la violence *morale* que de la violence *physique*, puisque l'une et l'autre procèdent de la même cause, tendent au même but, ont pour la victime les mêmes conséquences; ..... que la violence morale résulte non moins énergiquement d'une erreur née de la surprise et de la fraude que de l'effroi inspiré par des menaces ou tout autre moyen; que, dans un cas comme dans l'autre, il y a même absence de consentement et de volonté..... »

En exécution de cet arrêt, Dubas fut traduit, le 17 août, devant la Cour d'assises de la Moselle, et M. le conseiller Marlier, qui la présidait, décomposa la question de viol soumise au jury dans les termes suivants : « Jean-Nicolas Dubas, accusé présent, est-il coupable de s'être, le 4 mars 1857, vers onze heures et demie du soir, furtivement introduit au domicile, dans la chambre et jusque dans le lit de la femme L., et d'avoir alors, à l'aide de manœuvres frauduleuses, en profitant du demi-sommeil de cette femme et de l'obscurité qui l'environnait, pour lui faire croire qu'elle se livrait à son mari, abusé de sa personne par copulation charnelle, jusqu'au moment où, détrompée, elle le contraignit, par ses reproches et par ses cris, à prendre la fuite? »

La réponse du jury ayant été affirmative, avec admission de circonstances atténuantes, le défenseur de l'accusé conclut à son absolution, en soutenant que le fait ainsi déclaré ne contenait pas l'élément essentiel du viol, la violence. Mais la Cour rejeta ses conclusions par un arrêt savamment motivé [1], qui, en développant la définition du viol donnée par la Cour de

[1] Je ne le reproduis pas, à cause de sa longueur; il est inséré textuellement dans le *Recueil périodique* de Dalloz, 1858, IIe partie, p. 65, et dans le *Journal du Palais*, 1857, p. 895.

Digitized by Google

cassation, y ajouta ce nouveau considérant d'une grande portée juridique, à mon avis, pour la solution du débat : « Attendu, d'ailleurs, que la possession d'une femme obtenue par fraude ou surprise, moyen qui diffère essentiellement de la séduction, constitue une usurpation, une véritable voie de fait commise sur sa personne, et par conséquent une violence dans le sens générique du mot. »

Cet arrêt s'appuie aussi sur l'opinion de trois médecins légistes, Fodéré[1], Marc[2] et Nysten[3], qui définissent le viol « toute possession charnelle d'une femme obtenue par force, *par ruse ou par fraude.* »

Il est à remarquer que, dès 1810, la Cour de cassation, dans une affaire de rapt, avait déjà posé le principe qu'elle a, en 1857, appliqué à la définition juridique du viol. En rejetant le pourvoi du nommé Dehaese qui avait été condamné par la Cour de justice criminelle du département de la Lys, le 22 septembre 1809, à douze années de fers et six heures d'exposition, pour un crime de rapt commis à l'aide de surprise, la Cour, par un arrêt en date du 2 mars 1810, qui est inséré dans le *Recueil des causes célèbres* de Méjan (t. II, p. 49), avait statué en ces termes : « Attendu qu'il y a enlèvement par violence toutes les fois que, soit par force ouverte, soit par surprise, il y a enlèvement contre le gré et sans le consentement de la personne ravie et des parents sous la puissance desquels elle se trouve. »

La Cour de cassation a persisté dans sa jurisprudence en rejetant le pourvoi du nommé Labor qui s'était introduit dans la demeure de la fille B., et avait commis un viol sur sa personne pendant son sommeil et sans le concours de sa volonté. Le 31 décembre 1858[4], la Cour a repoussé le moyen résultant de ce que le fait ainsi déclaré ne constituerait pas le crime de viol, par les considérants qui suivent : « Attendu que le caractère essentiel et constitutif du crime de viol consistant dans le fait d'abuser d'une personne contre sa volonté, il en résulte que l'acte ainsi qualifié existe avec tous ses éléments légaux lorsque, même en l'absence de toutes violences physiques ou morales, la surprise seule suffit à son auteur pour atteindre, en dehors

[1] *Dictionnaire des sciences médicales*, v° *Viol.*
[2] *Répertoire des sciences médicales*, ibid.
[3] *Dictionnaire de médecine*, ibid.
[4] *Bull. crim. de* 1858, p. 540. — Dalloz, 1858, V° part., p. 377.

Digitized by Google

de la volonté de sa victime, le but coupable qu'il se proposait; — attendu, en fait, que la déclaration de la Cour reconnaît constant l'abus fait par l'accusé de la personne de la fille B., et ce par surprise et pendant son sommeil; qu'ainsi formulée, elle constate pleinement la culpabilité du demandeur en cassation, etc. »

On oppose à cette doctrine celle de la Cour de Nancy dans la décision précitée du 14 mai 1857, et d'un arrêt de la Cour de Besançon (chambre des mises en accusation), du 13 octobre 1828, intervenu dans une espèce analogue, et qui porte notamment « que l'erreur ainsi que le défaut de consentement ne peuvent seuls constituer le crime de viol, dès que l'erreur ou le défaut de consentement n'ont pas été accompagnés de violences morales ou physiques. »

Cet arrêt se distingue de celui de la Cour de Nancy en ce qu'il reconnaît formellement que la violence *morale* peut constituer le crime de viol, principe qui n'a été admis que très-secondairement et en termes presque dubitatifs par la Cour de Nancy. Mais on ignore généralement, et il n'est pas sans intérêt de faire remarquer que la Cour de Besançon s'est ralliée, depuis quelques années, à la doctrine de la Cour de cassation. Des documents que j'ai reçus de Besançon ne laissent aucun doute sur ce revirement de jurisprudence.

En 1857, une jeune fille, qui avait été violée et abandonnée sur une route par le nommé Schreiner, avait été ensuite portée sans connaissance, par deux autres individus, au village voisin, et placée, sur du foin, dans un grenier. Resté seul avec elle, le nommé Grandjean, un de ceux qui l'avaient déposée en ce lieu, fut surpris et expulsé au moment où il commettait une tentative de viol sur la personne de cette fille toujours privée de sa connaissance. Il fut renvoyé pour ce fait, avec Schreiner, par la chambre des mises en accusation de la Cour de Besançon, devant la Cour d'assises du Doubs, et le jury les ayant déclarés coupables, l'un de viol, l'autre de tentative du même crime, Grandjean, par arrêt du 1er février 1858, fut condamné à huit ans de reclusion [1].

Il résulte d'un autre arrêt de la chambre des mises en accu-

[1] Ces faits sont extraits d'une lettre que m'a adressée M. le conseiller Beneyton, qui a présidé la Cour d'assises pendant la session où cette affaire a été jugée.

Digitized by Google

sation de la même Cour impériale, en date du 1er février 1859, et dont j'ai sous les yeux une copie authentique, qu'un nommé Olivier, dit Claude, s'était introduit, le 16 janvier précédent, vers minuit, dans une chambre où etait couchée la femme L. dont le mari n'était pas encore rentré, et qu'il avait profité de l'obscurité pour se glisser dans le lit de cette femme et abuser d'elle. Celle-ci, à peine réveillée et croyant avoir affaire à son mari, n'avait fait d'abord aucune résistance; mais bientôt, reconnaissant son erreur, elle avait poussé des cris et était parvenue à se dégager des bras d'Olivier qui prit la fuite.

Ces faits, on le voit, sont identiques avec ceux de l'affaire Dubas. La Cour de Besançon a renvoyé Olivier devant la Cour d'assises de la Haute-Saône, sous l'inculpation de viol ou subsidiairement de tentative de viol, et l'accusé, reconnu coupable de ce second crime, avec déclaration de circonstances atténuantes, a été condamné, par arrêt du 21 février 1859, à la peine de la reclusion.

Pour n'omettre aucun des précédents judiciaires parvenus à ma connaissance, je citerai encore un arrêt rendu, le 15 février 1858, par la chambre des mises en accusation de la Cour impériale d'Orléans, dans une affaire Monnier. Profitant de l'obscurité de la nuit et du sommeil d'une femme mariée, le prévenu lui avait fait des attouchements et avait essayé de s'introduire dans son lit en lui laissant croire qu'elle avait affaire à son mari. La Cour d'Orléans a repoussé, dans ses considérants, la théorie qui assimile la ruse et la surprise à la violence physique [1]; mais, reconnaissant ce dernier caractère aux faits de la cause, elle a renvoyé Monnier devant la Cour d'assises de Loir-et-Cher sous l'accusation d'*attentat à la pudeur avec violence.* Il est intervenu, le 5 mai 1858, un arrêt d'acquittement en faveur de l'accusé.

Il me suffit de faire remarquer que l'espèce était différente de celle que je discute, que le fait ne pouvait être qualifié de viol ou de tentative de viol, et que c'est la définition légale du viol qui est l'objet de mes recherches. Je n'admets pas l'assimilation qu'on a voulu établir entre ce crime et celui d'attentat à la pudeur avec violence, quant à leurs éléments constitutifs. L'attentat à la pudeur n'implique pas, comme le viol, un acte

[1] *Journal du Palais,* 1858, p. 124.

Digitized by Google

de copulation, ne porte pas une si grave atteinte à l'honneur et aux garanties du mariage, à la plus intime liberté de la femme, et lorsqu'il est commis sur une personne au-dessus de l'âge de quinze ans, la violence[1] est, aux termes de la loi, l'indispensable condition de sa criminalité.

L'opinion qui a prévalu devant les Cours de Nancy et d'Orléans, et qui a l'adhésion de plusieurs juristes éminents, accuse l'imprévoyance de la loi française : elle aurait failli à sa haute moralité en omettant de réprimer le viol commis par surprise et par dol, omission que n'ont pas à se reprocher la plupart des législations étrangères.

Celles que j'ai pu consulter considèrent comme un crime *sui generis* ou assimilent au viol le fait d'abuser, sans violence matérielle, d'une femme endormie.

Dans la première catégorie se placent les lois pénales de la Prusse, de la Bavière, de la Saxe, du Wurtemberg, du Hanovre et du grand-duché de Bade. Je me borne à citer les textes du Code pénal prussien, du Code badois et du Code bavarois, parce qu'ils s'appliquent exactement à la question que j'ai posée, et qu'ils sont reproduits en principe, avec quelques variantes seulement, dans d'autres législations allemandes.

L'article 145 du Code prussien édicte une peine infamante et qui entraîne, de plein droit, la perte des droits civils, la peine de deux à cinq ans de reclusion, contre « quiconque fait consentir une personne du sexe féminin à se livrer à lui, soit en lui faisant croire à une union matrimoniale, soit *en l'induisant à une erreur qui lui fait considérer le coït comme l'acte conjugal*[2]. »

[1] Il n'est pas sans intérêt de rappeler ici que la Cour de cassation abandonne à la conscience du jury l'interprétation de *la violence*, pourvu que sa réponse soit purement et simplement d'accord avec le terme légal. La chambre criminelle, par deux arrêts du 9 mars 1821 et du 28 octobre 1830, a décidé que la violence est une question *indéfinie* sur laquelle le jury doit s'expliquer catégoriquement, et que l'accusation *n'est pas purgée* quand il a répondu : L'accusé est coupable, mais *sans violence physique*, ou bien : Oui, *avec violence morale*.

[2] M. le procureur du roi en chef près le tribunal de Sarrebrück a bien voulu, dans une lettre du 26 juillet 1860, me donner sur cet article du Code prussien les explications suivantes : « Il s'agit ici d'un crime distinct du viol proprement dit (qui est réprimé par l'article 144); un acte de violence n'est pas nécessaire, il suffit d'actes dolosifs, et deux cas de dol sont prévus par l'article 145 : 1° ou l'auteur de l'attentat fait croire à une union matri-

Digitized by Google

Le Code pénal du grand-duché de Bade dispose (art. 377), en termes remarquables par leur précision juridique, que « celui qui, sans employer la force matérielle ou les menaces, abuse sciemment d'une femme *dans une situation exclusive de la volonté* [1]..... doit être puni de la reclusion dans la prison du cercle ou des travaux forcés. »

L'article 377 du Code bavarois de 1813 assimile et frappe de la même peine le viol commis *sans violence sur une femme endormie*, et celui qui l'est sur une femme en état de démence, d'idiotisme ou d'ivresse.

Le système adopté, en France, par la Cour de cassation, dans ses arrêts du 25 juin 1857 et du 31 décembre 1858, a prévalu aussi dans le Code pénal autrichien de 1852 et dans les Codes sardes de 1839 et 1860. Le premier, qui est placé au premier rang dans la législation pénale de l'Allemagne, après avoir d'abord établi, dans l'article 125, qu'il y a « crime de viol si, par artifice, on engourdit les sens d'une personne du sexe féminin de manière qu'elle ne puisse pas opposer de résistance, et si l'on abuse d'elle dans cette situation, » déclare aussi, dans l'article 127, *coupable de viol* et punit comme tel « celui qui commet, hors mariage, l'œuvre charnelle sur une personne du sexe féminin, *privée*, sans le fait de l'auteur (du crime), *de ses moyens de défense ou de sa connaissance.* » Les mots « sans le fait de l'auteur » supposent que la femme a été surprise dans cet état sans qu'on ait employé un moyen violent pour empêcher sa résistance.

Je dois à l'obligeance de mon collègue près la Cour impériale de Chambéry des renseignements précis sur la législation sarde qui, dès 1839, avait résolu la question que j'examine, comme l'a fait, en 1857, la Cour de cassation en interprétant l'article 332 du Code pénal. « La loi qui était en vigueur, m'a écrit

moniale qui, en réalité, n'a pas eu lieu; 2° ou bien il fait naître dans l'esprit de la femme une erreur par suite de laquelle, croyant, par exemple, avoir affaire à son mari, elle se prête au coït comme à l'acte conjugal. »

[1] C'est la même expression qu'emploie Ant. Bauer dans son ouvrage sur le droit pénal, publié à Gœttingue en 1833 (tit. 2, c. 2, § 193), lorsqu'en définissant le crime qu'il qualifie *stuprum nec voluntarium nec violentum*, il cite pour exemple d'une *situation exclusive de la libre volonté*, celle d'une femme *endormie* sur laquelle le coït est consommé sans violence.

La même opinion avait été déjà émise par Feuerbach dans son *Manuel du droit pénal* (édit. de 1836, §§ 263 et 264).

Digitized by Google

ce magistrat, immédiatement avant l'annexion de la Savoie, de même que celle qui l'a précédée, considérait le fait d'abuser, à la faveur de la nuit, d'une femme endormie, comme constituant le crime de viol. C'est ainsi qu'était interprété et que devait naturellement l'être l'article 531 du Code sarde de 1839, dont je vous adresse une copie. Le Code mis en vigueur le 1er mai 1860 contenait, dans les articles 489 et 490, des dispositions identiques à celles des articles 530 et 531 du Code précédent, sauf que la peine n'était plus la reclusion ou les travaux forcés, mais la *relégation* [1] qui pouvait être portée à dix ans, selon la gravité des circonstances. »

Voici les textes de la loi sarde de 1839 :

« Art. 530. Quiconque abuse d'une personne d'un autre sexe, soit en lui ôtant tous moyens de défense, soit en lui inspirant une crainte grave, se rend coupable de viol. Ce crime sera puni de la reclusion pendant sept ans au moins, ou même des travaux forcés pendant dix ans.

« Art. 531. Il y a toujours viol :

« 1° Lorsque la personne dont on a abusé n'avait pas douze ans accomplis;

« 2° Lorsque par l'effet d'une maladie, par l'altération de ses facultés *ou par toute autre cause accidentelle*, la personne dont on a abusé *avait perdu l'usage de ses sens*, ou en avait été privée par quelque artifice. »

Le deuxième paragraphe de cet article a été littéralement reproduit dans le nouveau Code pénal de la Belgique (art. 435), et l'exposé des motifs soumis à la Chambre des représentants a ainsi expliqué la pensée du législateur : « A l'exemple du Code de Sardaigne, du Code de Prusse et des autres Codes d'Allemagne, nous avons jugé nécessaire d'indiquer les moyens par l'emploi desquels l'auteur de l'attentat de la copulation illicite *se rend coupable de viol ou de tentative de viol*. Dans le système du projet, cet attentat peut se commettre : à l'aide de violence..., à l'aide de menaces graves..., en abusant d'une personne qui avait perdu *l'usage de ses sens*, soit par l'effet d'une maladie physique ou mentale, soit par l'altération de ses facultés, telle qu'une personne tombée en défaillance, soit *par toute autre cause accidentelle*, c'est-à-dire par une cause indépendante de

[1] Cette peine soumettait le condamné à être renfermé dans un château fort ou autre lieu semblable, suivant des prescriptions réglementaires.

Digitized by Google

la volonté de celui qui a commis l'attentat, telle que le *sommeil profond*, l'ivresse complète, etc. »

Les législations étrangères, on le voit, n'ont pas manqué de réprimer, soit comme un viol, soit comme un crime *sui generis*, le fait d'abuser, sans violence et seulement par surprise, d'une femme endormie ou privée, par toute autre cause, de sa libre volonté. Le législateur français serait-il donc le seul qui n'aurait pas prévu et puni un si lâche attentat?

C'est ce que pensent Mittermaier[1], Achille Morin, M. le professeur Haus et M. le conseiller Grand. Il y aurait, quant à ce fait immoral, une lacune dans le Code pénal français, et la Cour de cassation comblerait cette lacune en appliquant *par analogie* la disposition du Code relatif au viol. Ce crime ne saurait se concevoir sans violence physique ou morale; le mot *vis*, d'où dérive celui de viol, suppose précisément une violence ou physique ou morale; or ni l'une ni l'autre ne se rencontre dans le fait d'abuser, par dol et par surprise, d'une femme endormie.

Je repousse toute cette argumentation parce qu'elle a pour base une erreur juridique, et je ne reconnais ni l'oubli que l'on prête au législateur français, ni le tort qu'on impute à la Cour de cassation.

L'erreur qui est le point de départ de toutes les autres dans le système que je combats, c'est l'interprétation restreinte et démentie par les textes précités du droit romain, que l'on donne au mot *vis*, racine grammaticale et juridique du mot *viol*. Ce n'est pas seulement la violence physique ou morale, c'est surtout la coaction de la volonté par un moyen quelconque, l'atteinte portée, de quelque manière que ce soit, à la liberté du consentement que suppose le mot *vis* défini par les grands jurisconsultes romains[2]. En ce sens, surprendre la volonté c'est lui faire violence, et abuser d'une femme en surprenant sa volonté, c'est la violer.

[1] Dans ses notes sur l'ouvrage de Feuerbach, 6e édition.

[2] J'ai déjà fait remarquer qu'il a le même sens dans le droit canonique qui s'est souvent inspiré des principes les plus purs du droit romain. « *Vis nomine intelliguntur omnia media per quæ notabiliter minuitur libertas personæ quæ corrumpitur*, ut sunt metus gravis alicujus mali,..... etiam *fraus et dolus*, promissio ficta, puta quod puella ducetur ad matrimonium, etc. » (M. l'abbé Lequeux, *Manuale compendium doctrinæ moralis*, IIe part., no 62.)

Digitized by Google

Mon opinion s'appuie sur une autorité que ne récusera pas le savant Mittermaier, celle de Lautenbach, juriste allemand, qui a supérieurement traité du droit romain dans ses rapports avec le droit germanique. Après avoir qualifié le viol *stuprum violentum*, il définit ainsi ce second mot : « *Violentia* censetur, sive fiat *dolosis persuasionibus*[1], sive *malis artibus*, sive minis, vel vi adhibita[1]. »

M. le conseiller Grand admet, avec M. le professeur Haus, que la violence morale est aussi caractéristique du crime de viol que la violence physique, et posant l'hypothèse d'un homme armé qui menacerait une femme de la tuer si elle ne cédait pas à sa convoitise, il voit dans cette menace une *force* employée pour vaincre la résistance de la femme; elle ne s'abandonne, dit-il, que contrainte et forcée, à la brutalité d'un malfaiteur.

Dès qu'on ne s'arrête pas au système matérialiste qui fait consister le viol dans l'emploi de la violence physique, et que l'on concède qu'il suffit, pour constituer ce crime, de la violence morale, la logique et la philosophie du droit commandent de faire un pas de plus, de reconnaître que surprendre un consentement et contraindre une volonté par la fraude, c'est user aussi de violence morale. Le moyen employé pour ne pas éprouver de résistance a bien alors, comme dans l'hypothèse posée par mon honorable collègue, le caractère d'une *force* selon le vrai sens du mot *vis*. Un esprit aussi élevé que celui de M. Grand devrait être d'accord, à cet égard, avec Ulpien, Jousse et Lautenbach.

En résumé, s'introduire dans le lit d'une femme pendant son sommeil et à la faveur de la nuit, la saisir et abuser d'elle en lui faisant croire qu'elle s'abandonne à son mari, c'est exercer une voie de fait sur sa personne, une contrainte sur sa volonté, c'est un acte de violence, c'est un viol.

Le législateur français n'avait pas besoin, pour réprimer cet attentat contre les mœurs, d'en faire un crime spécial, ni de le classer explicitement dans une définition du viol. La notion philosophique et juridique de la *violence*, de la *voie de fait* si bien caractérisée par Jousse, suffisait pour la compréhension du crime de viol et des éléments qui le constituent; et c'est ainsi

[1] In *Pandect.*, L. 48, tit. 25, n° 38.

Digitized by Google

que l'a compris aussi le sens moral du jury, dans le Doubs et la Haute-Saône, aussi bien que dans la Moselle.

C'est en s'inspirant des principes du droit romain, traditionnellement conservés dans l'ancien droit français, que la Cour de cassation, dès 1810, assimilait la surprise à la force ouverte dans l'interprétation de l'enlèvement *par violence;* et lorsqu'en 1857 elle a déclaré que le viol consiste dans le fait d'abuser d'une personne contre sa volonté, quel que soit le moyen de contrainte ou de surprise employé par l'auteur de l'attentat, elle est restée d'accord avec les fondateurs de sa jurisprudence, elle a été fidèle à la vérité juridique comme à la vérité morale.

G. DE GERANDO.

CHEMINS. — PRÉFET. — COMPÉTENCE.

Par M. Petit, doyen des présidents de chambre à la Cour impériale de Douai.

QUATRIÈME ARTICLE [1].

Les droits des riverains peuvent-ils être convertis en une indemnité?

J'ai toujours pensé que toute propriété contiguë à une place, à une rue, à un chemin, à un sentier communal, avait, par le seul fait de cette situation, un droit acquis à la jouissance des issues, passages et autres avantages qui résultent d'une libre communication avec la voie publique.

Ce droit de passer sur une rue, sur un chemin, sur un sentier communal, et d'y ouvrir et maintenir des issues n'est pas une servitude grevant la rue, le chemin, le sentier, au profit des héritages contigus; une rue, un chemin communal ou vicinal, un sentier; c'est la propriété de tous, et si l'autorité qui l'accorde en la créant peut ensuite la supprimer, ce n'est qu'après l'accomplissement des formalités exigées par la loi et le payement d'une indemnité envers ceux qu'on dépouille de leurs droits d'issue et de passage sur la rue, le chemin ou le sentier. Une cession faite par une commune ne peut jamais avoir pour objet que le droit communal de la corporation dont elle émane, mais ne saurait atteindre les droits qui appartiennent à des

[1] V. Tome XVI, p. 445.

Digitized by Google

riverains, non comme simples habitants, mais comme ayan des droits propres et privés à raison de la contiguïté de leurs propriétés.

Cette opinion est le résultat d'une étude approfondie des lois, de la doctrine et de la jurisprudence. Ma conviction ne se trouve pas le moins du monde ébranlée par le dernier arrêt que vient de rendre, le 26 juin 1858, la Cour impériale de Douai; malgré tout le respect que je dois avoir pour cette décision, je ne puis pas me dissimuler qu'elle perd beaucoup de son autorité quand on la met en regard de l'arrêt interlocutoire rendu dans la même affaire, le 13 août 1857, avec lequel elle est en contradiction flagrante et formelle. Cette décision de 1858 restera, je l'espère, isolée dans la jurisprudence, car si elle pouvait être prise pour règle, il faudrait s'en effrayer parce que tous les droits d'issue et de passage des riverains seraient remis à la discrétion des préfets qui pourraient, par un simple arrêté supprimant une rue ou un chemin, priver de sortie toutes les maisons et les rendre ainsi sans valeur. S'il était vrai que des lois remettent un pouvoir aussi exorbitant entre les mains de l'autorité administrative, il faudrait sans retard en proposer la modification, car elles ne laisseraient aucune sécurité à personne, malgré toute la confiance que doivent donner à tous la prudence et la justice des préfets, parce que les administrateurs, même les plus haut placés dans la hiérarchie, peuvent se tromper ou être trompés. Lorsque par son arrêté du 23 mai 1854, M. le préfet du Pas-de-Calais a supprimé le sentier communal de Boisbernard, au profit de M. Terninck, à la charge par ce dernier d'en fournir un autre plus loin sur sa propriété, ne s'est-il pas trompé? n'a-t-il pas été trompé par des renseignements inexacts? ne s'est-il pas trompé lui-même, lorsqu'il a cru tenir de la loi du 21 mai 1836 sur les chemins vicinaux, le droit de supprimer un sentier communal, sans tenir aucun compte des droits d'issue et de passage appartenant aux riverains? On ne blesse personne en proclamant que c'est la loi qui doit donner toute sécurité, et que c'est la loi qui doit protection à la propriété, c'est une nécessité sociale trop indispensable pour qu'elle puisse être méconnue.

Je ne sais pas s'il existe des lois qui, comme le dit l'arrêt du 26 juin 1858, pour faciliter aux préfets l'exercice de leurs

Digitized by Google

droits de voirie et de police, leur permettent de supprimer les sentiers communaux, mais je sais qu'il existe au Code Napoléon un article 545 qui dispose que nul ne peut être contraint de céder sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique et moyennant une juste et préalable indemnité. Cet article est applicable aux droits immobiliers des riverains comme à tous les autres, et l'on ne peut pas plus supprimer la sortie d'une maison qu'on ne peut s'emparer de la maison, si ce n'est pour cause d'utilité publique bien constatée et préalablement reconnue, et après l'accomplissement de toutes les formalités prescrites pour l'expropriation pour cause d'utilité publique. Aucune distinction n'est possible; l'article 545 protége tous les droits de propriété; ils sont tous aussi sacrés, et tous ils doivent être respectés!

Mais, dit-on, n'est-ce pas les respecter que de les convertir en une indemnité?

Singulière manière, vraiment, de respecter un droit que de l'anéantir!

La Cour impériale de Douai, dans son arrêt du 26 juin 1858, ne juge pas formellement qu'on peut convertir les droits des riverains en une indemnité, pas plus qu'elle ne dit que les riverains ont des droits; mais en fait elle accorde une indemnité pour dédommagement des droits qu'elle anéantit. La loi permettrait de convertir les droits immobiliers des riverains en une indemnité qu'il ne serait pas possible de procéder ainsi que l'a fait la Cour de Douai; ce ne serait pas une indemnité arbitraire, non demandée et non offerte qui serait due, mais une indemnité débattue, évaluée par une expertise et fixée ensuite par le juge en grande connaissance de cause.

Quand l'indemnité est demandée par le riverain, je comprends que son droit de passage soit converti en une indemnité, il en fait lui-même la conversion par sa demande; mais quand il réclame le rétablissement du sentier en nature pour exercer son droit de passage, la conversion est impossible, l'article 545 du Code Napoléon s'y oppose; il faut respecter son droit en nature ou l'en dépouiller par l'expropriation pour cause d'utilité publique.

La question réduite ainsi à toute sa simplicité peut-elle donc offrir des doutes bien sérieux sur la solution qu'il convient de lui donner? Je ne l'ai jamais cru et je ne le crois pas encore. Cependant je ne dois pas dissimuler que mon opinion est bien

Digitized by Google

peu de chose en présence de l'arrêt de la Cour impériale de Douai du 26 juin 1858, et il ne m'en coûte pas de reconnaître le besoin de la justifier par la jurisprudence et la doctrine pour avoir le droit de persévérer. Toutefois, je crois pouvoir me dispenser d'établir les droits des riverains, ils sont incontestables, et ce n'est plus que dans l'arrêt de la Cour de Douai du 26 juin 1858 qu'on les trouve méconnus; personne ne soutient que *le préfet en supprimant un sentier communal ne fait qu'user régulièrement de son droit, et que la suppression du sentier amène par une conséquence nécessaire la suppression des droits qui existaient à raison de la nature de la voie;* je me bornerai à démontrer que les droits des riverains ne peuvent pas être convertis en une indemnité, et pour atteindre ce but je crois qu'il n'est pas besoin de citer tous les arrêts, quelques-uns suffiront.

Je n'indiquerai pas l'arrêt de la Cour de Douai du 13 août 1857, quoiqu'il consacre le principe en décidant que les droits des riverains n'en doivent pas moins être respectés, parce qu'on me répondrait qu'ils sont respectés par l'allocation d'une indemnité; je ne veux citer que des arrêts formels et positifs sur la question.

La Cour de cassation a nettement et formellement posé le principe dans son arrêt du 11 février 1828. La Cour d'Orléans avait en 1824, comme la Cour de Douai en 1858, jugé que le droit de passage avait disparu avec la rue elle-même.

Pourvoi pour violation de l'article 545 du Code Napoléon, de l'article 10 de la Charte et de la loi spéciale de 1810, en ce que la Cour avait sanctionné une expropriation pour cause d'utilité publique sans que les dispositions des lois qui y sont relatives eussent été observées. Dans l'espèce, il y avait eu une ordonnance du roi pour autoriser la suppression, et le plaignant avait depuis longtemps renoncé de fait à l'exercice de son droit de passage; n'importe, l'arrêt de la Cour d'Orléans a été cassé sur les conclusions conformes de M. Joubert, premier avocat général. Voici l'arrêt :

« Vu les articles 545 et 704 du Code civil, attendu en droit « que, suivant le premier de ces articles, nul ne peut être con- « traint de céder sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité « publique et moyennant une juste et préalable indemnité; que « d'après le second les servitudes revivent si les choses sont « rétablies de manière qu'on puisse en user, à moins qu'il ne

Digitized by Google

« se soit écoulé déjà un espace de temps suffisant pour faire « présumer l'extinction de la servitude;

« Attendu en fait, etc.,

« La Cour casse. » 11 février 1828, chambre civile, dans Dalloz, volume 1828, Ire partie, page 125.

Comme le dit M. Dalloz, et comme d'ailleurs on le voit, il résulte de cet arrêt que le fait d'avoir une porte ouverte sur une rue constitue une servitude en ce sens que si la rue cesse d'être du domaine public et est adjugée par le gouvernement à un particulier, celui-ci est tenu de souffrir le passage.

La même Cour a consacré les mêmes principes par un autre arrêt du 5 juillet 1836, rapporté dans Dalloz, volume 1836, page 256.

On remarquera que la Cour n'ordonne pas le rétablissement de la rue, mais la raison en saute aux yeux en lisant l'arrêt, parce que l'on voit de suite que dans l'espèce l'action avait pour but le rétablissement de la rue ou une indemnité. En accordant une indemnité, la Cour n'a fait qu'adjuger les conclusions du demandeur, et il n'est pas par suite possible de tirer de cette application du principe aucun argument en faveur de l'opinion de ceux qui soutiennent que les tribunaux ont le droit de convertir en une indemnité les droits des riverains. Cela est d'autant plus impossible qu'en consacrant le principe la Cour suprême a pris le soin d'ajouter que si les tribunaux ne peuvent porter atteinte aux actes administratifs qui, dans des vues d'utilité et de sécurité publiques, et suivant les formes déterminées par la loi, ont ordonné la clôture d'une rue, il s'ensuit seulement, dans ce cas, que l'action résultant du dommage se résout devant eux en une demande à fin d'indemnité. Quand l'action se résout-elle en une demande à fin d'indemnité? C'est lorsqu'une rue est supprimée dans des vues d'utilité et de sécurité publiques, et suivant les formes déterminées par la loi. C'est incontestable, parce que lorsqu'il y a utilité publique et accomplissement des formes déterminées par la loi, c'est évidemment alors l'expropriation pour cause d'utilité publique, avec ses formes et ses garanties; c'est alors, non plus la violation de l'article 545 du Code Napoléon, mais l'application du principe exceptionnel qu'il consacre. Mais s'il n'y a ni utilité publique ni accomplissement des formalités prescrites pour l'expropriation, bien certainement alors les tribunaux restant dans le droit

Digitized by Google

commun n'ont plus à accorder l'indemnité due pour l'expropriation, mais à ordonner le rétablissement de la rue, à moins que, comme dans l'espèce, le demandeur se contente de réclamer une indemnité.

Cet arrêt, bien compris, est donc une nouvelle autorité en faveur de l'opinion que j'ai embrassée, et se trouve en parfaite harmonie avec l'arrêt du 11 février 1828.

La chambre des requêtes de la Cour régulatrice a consacré ce principe et l'a formellement posé dans son arrêt du 12 juillet 1842, rapporté dans Dalloz, volume 1842, 1re partie, page 331. Voici dans quelle espèce :

Une commune avait vendu une partie d'une place publique. L'acquéreur y fit bâtir des maisons qui devinrent un obstacle à l'exercice des droits de vue des riverains, qui possédaient ces droits comme riverains de la place publique. Un de ces riverains demanda la démolition de ces maisons. La Cour de Besançon, par son arrêt du 29 avril 1841, ordonna cette démolition, et le pourvoi formé contre cet arrêt fut rejeté. Il resta donc jugé par ces arrêts que les droits des riverains devaient être assimilés à un droit de propriété, et qu'ils n'en pouvaient être dépouillés que pour cause d'utilité publique reconnue et constatée, conformément à l'article 545 du Code Napoléon.

Si le principe dicté par le respect dû à la propriété a paru si absolu que la démolition des maisons a été jugée inévitable, la Cour de Besançon et la chambre des requêtes n'auraient certes pas refusé le rétablissement d'un sentier; car, il faut bien le reconnaître, s'il était permis aux tribunaux de convertir en une indemnité les droits des riverains, jamais circonstance plus favorable ne pourra réclamer une exception que l'équité aurait justifiée dans l'espèce de la démolition des maisons. Mais la Cour de Besançon et la chambre des requêtes n'ont pas voulu se préoccuper des considérations de fait, elles n'ont voulu voir que le droit, et elles ont bien fait.

Je retrouve les mêmes principes encore dans un autre arrêt de la Cour de cassation du 13 novembre 1849, qui juge formellement que les chemins non classés rentrent dans la catégorie des propriétés communales ou particulières et sont soumis au droit commun.

Le droit commun, c'est l'article 545 du Code Napoléon,

Digitized by Google

La Cour de Bourges a rendu, le 6 avril 1829, un arrêt ainsi motivé :

« Considérant qu'on fait abus des principes en qualifiant de « servitude le droit d'avoir des ouvertures et de passer par une « rue; — qu'une rue ou un chemin est la propriété de tous; — « que l'autorité qui la concède peut sans doute la supprimer, « mais après les formalités et le payement d'une indemnité en- « vers ceux qu'on dépouille de leurs droits. »

Ils ont donc des droits? Ces droits ne sont donc pas supprimés par la suppression de la rue? On ne peut donc pas convertir ces droits en une indemnité, puisqu'on ne peut supprimer la rue qu'après les formalités et le payement d'une indemnité, c'est-à-dire conformément à l'article 545 du Code Napoléon.

Le tribunal de Bar a jugé, le 31 août 1838, qu'il n'était pas permis à une commune de construire, sur des terrains dépendant de la voie publique, au préjudice des servitudes de rue, de passage et d'égout appartenant aux riverains, et, faisant application du principe qu'il pose, il a ordonné la destruction des constructions élevées par la commune.

Sur l'appel, la Cour de Nancy, par arrêt du 28 janvier 1840, adoptant les motifs des premiers juges, a confirmé la sentence.

Il y a eu pourvoi en cassation, mais il a été rejeté par arrêt du 10 novembre 1841.

Ces trois décisions se trouvent rapportées dans le Recueil de M. Dalloz, volume 1841, Ire partie, page 380.

Dans un arrêt de la Cour de Rennes, du 21 mai 1851, on lit :

« Que le principe qui place la propriété privée reposant sur « des titres de droit commun sous la juridiction des tribunaux « ordinaires, ne souffre pas l'exception péremptoire et absolue « que puise le préfet du Morbihan dans l'existence de son « arrêté, et de laquelle il résulterait une faculté d'expropriation « implicite et sans condition qui ne saurait, dans aucun cas, « appartenir à l'administration. »

La Cour de Rennes a parfaitement raison. Si lorsque le préfet a, par un arrêté, supprimé une rue ou un chemin, il n'y a plus qu'à accorder une indemnité aux riverains qu'on dépouille de leurs droits, la protection de l'article 545 du Code Napoléon devient illusoire, et les lois sur l'expropriation pour cause d'utilité publique deviennent tout à fait inutiles pour les riverains.

Digitized by Google

Je ne veux plus citer qu'un dernier arrêt qui sera le résumé exact de la jurisprudence, et qui pose les principes d'une manière formelle, nette et on ne peut pas plus claire, c'est celui rendu par la Cour impériale de Rouen le 26 janvier 1853. Voici cet arrêt, que je crois devoir transcrire en entier :

« Attendu que la question litigieuse entre la commune de « Hanouard et la dame Perrain a été débattue devant les pre- « miers juges et décidée par eux comme s'il s'agissait d'un « droit de servitude réclamé par cette dame sur un terrain « communal proprement dit, jouissant à cet égard de tous les « avantages et soumis à toutes les charges d'une propriété « privée ; — que telle n'est pas la question véritable à juger, « puisqu'il résulte des faits et documents du procès que la « place dite du *Carreau*, sur laquelle la dame Perrain réclame « un droit de passage pour desservir sa propriété riveraine, est « une place publique de cette commune ; — que les places « publiques comme les rues sont destinées à établir des com- « munications entre les habitants et à donner aux propriétés « riveraines les passages et issues qui leur sont nécessaires ; — « que toute propriété contiguë à une place ou à une rue a, par « le seul fait de cette situation, un droit acquis à la jouissance « des passages, issues et autres avantages qui résultent d'une « libre communication avec la voie publique ; — que cette « jouissance forme une partie intégrale de la propriété rive- « raine et participe aux mêmes garanties ; — attendu cependant « que les communes peuvent, dans un intérêt public ou com- « munal, faire à ces places et rues des modifications et « même en changer la destination, mais qu'elles ne le peuvent « faire qu'en observant les formes prescrites par la loi, et que « si ces innovations ont pour effet de déprécier les propriétés « riveraines sans que cette dépréciation soit pour celui qui la « subit compensée par aucun avantage qui lui soit propre, il a « droit à une juste indemnité ; — attendu que la commune de « Hanouard ayant, sans observer aucune des formalités exigées « par la loi, converti en un jardin destiné à l'instituteur une « partie de la place publique du *Carreau*, et mis par là obstacle « à un passage utile à la dame Perrain pour desservir sa pro- « priété, il y a lieu d'ordonner que ce passage sera rétabli ; — « — mais attendu que cette issue n'étant pas indispensable à la « dame Perrain, puisque cette propriété touche par un autre

Digitized by Google

« point à une route de grande communication sur laquelle elle « a un passage ouvert, il est équitable d'accorder un délai à la « commune pour prendre les voies de droit qu'elle jugera con- « venables, afin de rendre un passage suffisant à la dame Per- « rain ou de l'indemniser du dommage qu'elle éprouve, ré- « formant sans avoir égard à la fin de non-recevoir qui est « rejetée; — dit que la dame Perrain sera maintenue et, en « tant que de besoin, réintégrée dans la possession de son droit « de passage; accorde néanmoins un délai de trois mois à la « commune pour l'exécution de l'arrêt. »

En rapportant cet arrêt qui ordonne si énergiquement *le rétablissement* du passage, M. Dalloz dans son Recueil, volume 1854, page 37, constate et rappelle que cette décision est conforme à la jurisprudence constante de la Cour de cassation et qu'elle est devenue incontestable.

Je sais bien que quelques arrêts sont signalés comme contrariant cette uniformité dans la jurisprudence; mais c'est à tort, car si le défaut de précision dans la rédaction peut faire soupçonner l'hésitation, il suffit de consulter les faits pour être convaincu qu'en consacrant le principe la décision n'a pas reculé devant l'application. Aussi l'arrêt de la chambre des requêtes du 27 mai 1851, rapporté dans Dalloz, volume 1851, Ire partie, page 148, que j'ai entendu invoquer par ceux qui soutiennent que les droits des riverains peuvent être convertis en une indemnité, ne me paraît pas du tout une autorité en leur faveur. Dans l'espèce de cet arrêt il s'agissait d'une question d'alignement et de l'application de l'article 53 de la loi du 16 septembre 1807; la Cour reconnaît et consacre de nouveau, dans ses motifs, les droits des riverains en constatant ceux des communes qui peuvent faire aux rues et places les changements et modifications dans un intérêt d'assainissement ou de décoration, mais elle prend en même temps le soin de proclamer qu'elles ne le peuvent qu'en observant les formes prescrites par la loi. C'est dans l'accomplissement de cette condition que se trouve le siége de la difficulté : je suis parfaitement d'accord avec l'arrêt du 27 mai 1851 : qu'on observe *les formes prescrites par la loi*, c'est-à-dire qu'on fasse constater et reconnaître l'utilité publique, qu'on exproprie les riverains, ils n'auront droit qu'à une indemnité; mais il y a loin de toutes ces sages et prudentes garanties de la loi à la suppression d'un

Digitized by Google

sentier communal par un arrêté préfectoral; cette dernière manière de procéder est trop simple et trop expéditive. Cet arrêt du 27 mai 1851, que je pourrais repousser en faisant seulement remarquer que rendu en matière d'alignement, et par conséquent dans un cas d'expropriation pour cause d'utilité publique, il n'est pas applicable à la question qui nous occupe, peut être retenu avec avantage parce qu'il constitue une nouvelle consécration des principes et des droits des riverains. J'en dirai autant de l'arrêt de la même chambre du 15 juillet 1851, rapporté dans Dalloz, volume 1851, Ire partie, page 234. Dans cette espèce il s'agissait d'un chemin vicinal supprimé, et l'on connaît les droits que la loi du 21 mai 1836 confère aux préfets sur les chemins vicinaux; de plus, on remarque que la Cour se borne à décider que l'action possessoire ne doit pas être admise sans dire un mot touchant la question que nous traitons.

Si je retrouve dans un autre arrêt de rejet du 3 mai 1858 une nouvelle sanction des principes que je cherche à faire prévaloir, je dois avouer cependant qu'il m'est fort difficile d'accepter l'application qui en est faite. La commune de Longueau avait vendu régulièrement un chemin communal; l'acquéreur s'était mis en possession et avait intercepté toute communication par la plantation de plusieurs piquets. Les riverains du chemin réclamèrent devant le tribunal l'enlèvement de ces piquets qui s'opposaient à l'exercice de leurs droits d'issue et de passage. Le tribunal et la Cour impériale, reconnaissant les droits de ces riverains, condamnèrent la commune venderesse à fournir aux riverains un autre passage ou à leur payer une indemnité. La Cour impériale se garda bien de fixer d'office cette indemnité et de déterminer même la forme dans laquelle elle serait réglée, elle se borna à constater les droits des riverains.

Les riverains se pourvurent en cassation, vinrent soutenir qu'en refusant l'enlèvement des piquets la Cour impériale avait violé l'article 53 de la loi de juin 1793 et les articles 537, 542 et 630 du Code Napoléon.

La chambre des requêtes rejeta le pourvoi par un arrêt ainsi motivé :

« Attendu que la vente du chemin communal qui fait l'objet « du litige est régulière; qu'elle a été faite en vertu d'une au- « torisation administrative; que sans doute une pareille vente « ne peut porter atteinte aux droits préexistants; mais que loin

Digitized by Google

« de méconnaître le principe, l'arrêt attaqué l'a formellement « consacré, puisqu'il condamne la commune de Longueau à « fournir aux demandeurs un passage utile et commode pour la « desserte de leurs propriétés, et que, faute de ce faire, ledit « arrêt condamne la même commune à indemniser les deman- « deurs du préjudice que la suppression du chemin peut leur « faire éprouver. »

Comme on le voit, l'affaire a été présentée, soutenue et jugée comme une question de servitude, mais, même à ce point de vue que je ne puis admettre comme exact, les décisions ne sont pas satisfaisantes. On reconnaît les droits des riverains; on les consacre, on les proclame bien haut en déclarant que la vente du chemin ne peut pas leur porter atteinte, et de suite on les anéantit moyennant une indemnité; droits de servitude ou droits de propriété, peu importe; si les riverains ont des droits, ils doivent être respectés; on ne peut les leur enlever que pour cause d'utilité publique et en suivant la marche tracée par la loi. C'est en vain, à mon avis, que la Cour de cassation, après avoir dit que la vente ne pouvait porter atteinte aux droits préexistants, vient décider ensuite que le principe n'est pas méconnu par l'anéantissement de ces droits et leur remplacement par une indemnité; en fait, ils sont anéantis.

Est-ce à dire que la Cour a voulu juger, le 3 mai 1858, que les droits des riverains pouvaient être convertis en une indemnité? Sans doute elle souffre qu'on le fasse, mais elle ne décide pas qu'on peut le faire; elle n'établit pas le droit. La question n'était pas nettement posée devant elle, car, en ne considérant les droits des riverains que comme une servitude, on ne se prévalait même pas des dispositions de l'article 545 du Code Napoléon. Je puis donc, sans vouloir chercher à prouver qu'il a été bien jugé par ledit arrêt du 3 mai 1858, dire qu'on ne peut pas prétendre que cet arrêt est en opposition avec tous les arrêts précédents de la Cour suprême.

Je pourrais appliquer ces observations à beaucoup d'autres arrêts qui, comme celui tout récent du 2 février 1859, reconnaissent que la suppression d'un chemin n'a pas pour les riverains seulement le caractère d'un simple dommage, mais qu'elle constitue la suppression d'un droit réel, inhérent à la propriété. Je n'en connais pas qui méconnaissent ces principes, et si l'on

Digitized by Google

remarque néanmoins qu'une indemnité est seulement accordée, c'est parce qu'elle était demandée ou qu'il y avait dans l'espèce expropriation pour utilité publique; mais jamais le respect pour l'autorité préfectorale n'a conduit à proclamer qu'en supprimant un chemin le préfet n'avait fait qu'user de son droit, que les droits des riverains étaient anéantis par l'arrêté de suppression et que les riverains ne pouvaient avoir droit qu'à une indemnité. Je m'arrête, car j'ai hâte d'en finir avec la jurisprudence, et je veux cependant dire quelques mots de celle du Conseil d'État.

Dans tous ses arrêts, le Conseil d'État rend hommage aux principes que je défends en ce moment.

L'arrêt du 19 décembre 1821, rapporté dans Dalloz, volume 1822, supplément, page 183, est on ne peut plus identique ni plus formel. Il y est jugé que la possession d'un passage sur une voie publique donne à un particulier le droit de s'opposer au déplacement d'un monument public, lorsque la reconstruction de ce monument dans un autre emplacement a pour effet d'obstruer le passage. On ajoute cependant que si ce déplacement a lieu pour cause d'utilité publique, le propriétaire a droit à une indemnité; et dans le dispositif on lit : « Art. 2. La fontaine Saint-Hilaire sera rétablie dans son ancien emplacement et suivant ses anciennes dimensions, à moins que la commune ne fasse déclarer s'il y a lieu, dans les trois mois et dans les formes voulues par la loi, l'utilité du nouveau projet, et sauf dans ce cas le droit du sieur Gouin de faire régler l'indemnité qui pourrait lui être due conformément à la loi du 8 mars 1810.

Il est impossible de trouver un hommage plus formel et plus éclatant rendu au principe : le Conseil d'État ne pense pas que les droits des riverains peuvent être convertis en une indemnité; non, il proclame le respect à la propriété; il a sous les yeux l'article 545 du Code Napoléon, et il dit : *la fontaine sera rétablie*, à moins que la commune ne fasse exproprier pour cause d'utilité publique.

Un autre arrêt du 17 août 1825, rapporté dans Sirey, volume 1825, page 130, maintenant ce principe, juge que le particulier, que la suppression d'une rue prive d'un droit de servitude de sortie, ne pouvant être dépouillé que dans les formes prescrites pour l'expropriation pour cause d'utilité publique, a le droit d'exiger qu'il soit sursis à tous les travaux tendant à supprimer

Digitized by Google

la rue jusqu'à ce que toutes les formalités aient été remplies.

Une autre ordonnance, rapportée à la page 212 du même volume, a aussi décidé que la dépossession constituait une véritable expropriation, et que la question d'indemnité devait être jugée d'après les principes relatifs à l'expropriation.

Le Conseil d'État, persistant dans sa jurisprudence et appliquant toujours le même principe, est allé jusqu'à juger, le 25 avril 1833, qu'une commune ne pouvait même pas affermer au préjudice des riverains. Cet arrêt est rapporté dans Dalloz, volume 1833, IIIe partie, page 58.

On peut consulter encore, comme rendus dans le même sens, les arrêts des

27 février 1837, volume 1838;

15 juin 1842, Sirey, volume 1842, IIe partie, page 378;

18 août 1849, Sirey, volume 1850, IIe partie, page 58;

19 janvier 1850, Sirey, volume 1850, IIe partie, page 302;

18 mai 1850, Sirey, volume 1850, IIe partie, page 559;

29 mars 1850, Sirey, volume 1850, IIe partie, page 429;

24 juillet 1856, Sirey, volume 1857, IIe partie, page 399.

La doctrine nous offre, de son côté, un appui non moins formel et aussi unanime.

M. Proudhon, dans son *Traité du domaine public*, tome II, page 57, n° 363, proclame le droit des riverains et nous dit que si les entrées et sorties, ainsi que les jours ouverts sur les rues, appartiennent aux maisons adjacentes à titre de servitude, il en résulte qu'on ne peut supprimer aucune rue ni place publique, dans une commune, sans laisser aux propriétaires des bâtiments contigus les mêmes droits de jour, d'entrée et de sortie, ou sans les indemniser de toute la perte qu'ils souffriraient de ce changement s'il avait lieu forcément et pour cause d'utilité publique.

On le voit, M. Proudhon n'admet le changement que pour cause d'utilité publique.

Mais voilà qui est bien plus positif encore : au n° 374, page 80, M. Proudhon dit qu'il résulte des principes qu'il vient de poser « qu'il ne peut être permis de supprimer une rue pour lui « assigner une autre destination sans le consentement des pro- « priétaires des maisons qui y ont leurs jours et leurs issues, « à moins que la suppression n'ait lieu pour cause d'utilité pu- « blique bien reconnue, et qu'il ne soit alloué à ces proprié-

Digitized by Google

« taires une juste indemnité pour compenser la perte des servi-
« tudes dont leurs maisons seront privées. »

Il n'y a rien de plus clair : M. Proudhon nous enseigne qu'on ne peut supprimer les droits des riverains que *pour cause d'utilité publique bien reconnue* et avec une juste indemnité. Ils ne peuvent donc pas être supprimés par un arrêté du préfet? Ils ne peuvent donc pas être supprimés par une cession faite par la commune? La suppression d'une rue n'entraîne donc pas la suppression des droits des riverains, comme le dit la Cour impériale de Douai. Ces droits ne peuvent être supprimés que pour cause d'utilité publique, avec indemnité et après les formalités exigées pour l'expropriation pour cause d'utilité publique. Pour nous, nous n'en avons jamais douté après avoir lu l'article 545 du Code Napoléon et réfléchi sur les inconvénients graves de l'opinion contraire.

Plus loin, au n° 377, M. Proudhon nous dit encore « que « dans le cas où une administration municipale, agissant même « après un décret de la législature et l'autorisation du roi, au- « rait cédé un terrain ou une portion de terrain communal à un « particulier pour y bâtir une maison, cette concession n'em- « pêcherait pas les tiers intéressés de s'opposer à l'exécution de « la construction projetée s'ils devaient en être lésés dans « leurs droits de propriété ou de servitude, attendu qu'une con- « cession de cette nature, ne pouvant avoir pour objet que le « droit communal de la corporation dont elle émane, ne saurait « atteindre des droits de propriété ou de servitude qui appar- « tiennent à des particuliers, non comme simples habitants « du lieu, mais comme personnes tierces ayant ces droits à « eux propres. »

Ainsi M. Proudhon refuse le pouvoir de supprimer les droits d'issue et de passage, non-seulement au préfet, mais même à l'administration municipale, agissant même après *un décret de la législature et l'autorité du roi.*

Plus loin, n° 598, M. Proudhon nous enseigne encore que si les riverains sont dépouillés de leurs droits d'issue et de passage, ils ont droit à une indemnité pour l'expropriation de leurs fonds, laquelle sera réglée de gré à gré avec la commune ou d'après les formes voulues par les lois touchant l'expropriation forcée pour cause d'utilité publique.

On le voit, le savant M. Proudhon ne pense même pas à se

Digitized by Google

demander si les tribunaux peuvent d'office fixer l'indemnité. Ne consultant que les principes de la matière, il n'hésite pas à déclarer que l'indemnité doit être réglée de gré à gré ou d'après les formes voulues par les lois touchant *l'expropriation forcée pour cause d'utilité publique.*

Il est donc évident pour M. Proudhon que les droits des riverains ne peuvent pas être convertis en une indemnité. Ils doivent être respectés en nature, et on ne peut les en dépouiller que pour cause d'utilité publique reconnue et moyennant une indemnité réglée de gré à gré ou fixée d'après les formes voulues par les lois touchant l'expropriation forcée pour cause d'utilité publique.

Vazeille, *Traité des prescriptions*, tome Ier, page 97, n° 93, nous dit : « En supprimant une rue l'administration doit respecter les servitudes nécessaires aux maisons ou bien acheter leur libération par le payement d'*une juste et préalable indemnité.* » Page 100, il dit : « La ville propriétaire ne donne pas de permission tacite, révocable à volonté, elle établit des droits certains qu'elle ne peut pas enlever ensuite capricieusement. Il faut distinguer entre les droits des propriétaires de maisons qui bordent la rue d'avec ceux du public réduits au passage dans la rue. Le conseil municipal représente le public, et quand, par une délibération approuvée par le conseil de préfecture, il a ordonné la suppression de la rue, soit qu'elle doive être remplacée par une autre, soit que, jugée tout à fait inutile pour la circulation du public, elle ne soit pas remplacée. Personne comme membre du public n'a de réclamation à élever ; mais les propriétaires des maisons bordant la rue ont, sans le secours de la prescription, ni même d'aucun titre, des droits d'entrée et de sortie, de jour et d'égout sur le sol de la rue ; servitudes définitivement acquises et irrévocables dès l'instant même où elles ont été créées. Toutefois, comme toutes les propriétés particulières, ces servitudes doivent céder à l'utilité publique bien reconnue, moyennant une juste et préalable indemnité..... »

M. Vazeille pense donc aussi que les riverains ont des droits et qu'ils n'en peuvent être dépouillés que pour cause d'utilité publique bien reconnue et après le payement d'une juste indemnité.

Feraud-Giraud, *Servitudes de voirie*, tome II, page 150, dit :

Digitized by Google

« Il est à remarquer toutefois que trop souvent, sinon dans les rues, du moins dans les routes, l'administration semble oublier que c'est très-licitement que les riverains exercent des droits d'issue sur la voie publique. »

Page 438, il dit : « En supposant que l'administration ait quelque droit à exercer sur l'ouverture et la clôture des sentiers, ce ne serait jamais que dans un intérêt général, et jamais, au grand jamais, ces actes ne pourraient empêcher des particuliers de revendiquer des droits privés qu'ils pourraient avoir sur ces mêmes sentiers. Ces décisions seraient toujours prises sauf les droits des tiers. »

Page 519, il ajoute : « On ne peut, en effet, soutenir avec chance de succès que les riverains perdent, par suite du déclassement, les droits qu'ils ont pu acquérir par un usage licite du chemin, droits que nous avons indiqués ailleurs et qui consistent surtout en vues et passages. »

Cormenin, tome 1er, page 294, note 7, nous dit : « En cas « d'abandon d'un chemin vicinal ou de changement de direc- « tion, en tout ou en partie, les propriétaires riverains de la « partie de ce chemin qui cessera de servir de voie de commu- « nication pourront faire leur soumission de s'en rendre acqué- « reurs. »

Puis il se demande si l'effet de la soumission et de la cession peut être d'enlever aux propriétaires riverains leurs droits de vue, d'issue et de desserte sur le chemin supprimé et vendu ; il répond : Cette question est du ressort des tribunaux qui l'ont au surplus résolue négativement dans ce sens qu'ils ont reçu l'action d'un particulier se plaignant du fait d'un voisin sur un chemin vicinal. Voy. Cour d'Agen, 30 mars 1824 ; Cour de Nîmes, 25 mai 1829. Le Conseil d'État a statué dans le même sens en décidant que les communes ne pouvaient affermer une partie des chemins au préjudice des riverains sous prétexte qu'ils sont trop larges : 25 avril 1833 (Hersent). Sans doute, l'indication tirée de cette ordonnance est indirecte et éloignée, mais la raison et l'équité répugnent à ce qu'une commune puisse priver arbitrairement une longue enfilée de maisons de leurs droits de sortie et de desserte sur un chemin vicinal qu'il lui prendrait fantaisie de supprimer et de vendre ; et c'est, à notre avis, pour le riverain plus que la servitude du fonds enclavé, c'est un droit d'usage prescrit par le temps et l'habitude.

Digitized by Google

Mais si l'établissement d'un chemin vicinal crée au profit des riverains un droit de servitude perpétuel et sans indemnité, quel peut être l'avantage de la suppression pour la commune si ce n'est de ne plus réparer et entretenir? Et, dès lors, quelle peut être l'importance du prix de vente d'une propriété ainsi grevée? Aussi l'article 17 de la loi du 21 mai 1836 ne peut guère recevoir d'application que si l'on supprime quelque bout de chemin établi sur le sol d'un particulier, propriétaire des deux rives dans toute son étendue et dont l'usage a été rendu inutile par l'établissement d'un autre chemin.

M. Chauveau, Adolphe, dans son *Journal du droit administratif*, mois d'avril 1855, nous dit :

« Si certains habitants de la commune de Bois-Bernard ont « acquis un droit de passage sur le terrain cédé à M. Terninck « (je dis cédé parce que je suppose tranchée contre lui la ques- « tion de propriété ou de tolérance), ils auront toujours le « droit de conserver le passage jusqu'à ce qu'une expropriation « légalement suivie les en ait dépossédés. Une commune ne « peut pas priver un tiers d'un droit de servitude acquis sur un « terrain communal. En faisant l'abandon, la vente, la cession « de ce terrain, elle ne peut l'abandonner qu'en transmettant « les charges qui le grèvent, et ces charges seront supportées « par le nouveau propriétaire comme elles l'étaient par la com- « mune elle-même. Ce principe, qui me paraît d'une évidence « incontestable, peut recevoir son application dans une foule « de cas qu'il est facile de prévoir et qui se présentent très- « fréquemment. »

Nous retrouvons souvent le même principe proclamé dans plusieurs autres articles du même journal :

Dans le numéro des mois de septembre et octobre 1859, nous lisons, page 461 : « Il est de jurisprudence constante que les riverains d'un domaine public qui possèdent légalement des servitudes sur ce domaine, telles que jours, droits de passage, etc., etc., les conservant dans le cas de changement de ce domaine en un domaine privé, en cas d'aliénation. »

A la page 475, M. Chauveau nous reproduit textuellement la discussion de Me Steph. Cuénot, devant la Cour de cassation, en faveur des droits des riverains. « Lorsque nous établissons, disait Me Cuénot, qu'une servitude étant un démembrement de la propriété ne peut être supprimée pour cause d'utilité pu-

Digitized by Google

blique sans qu'il y ait lieu à l'application des règles de compétence établies pour l'expropriation du fonds lui-même, nous démontrons par cela même que l'indemnité ne peut être fixée que par le jury et non par les tribunaux ordinaires. »

En rapportant cette discussion, M. Chauveau lui donne l'adhésion et les éloges qu'elle mérite. Cette opinion du savant professeur sera, j'en suis convaincu, partagée par tous les jurisconsultes qui liront cette discussion de Me Cuénot; ils la trouveront dans le *Journal du droit administratif*, neuvième et dixième cahiers de 1859, page 474.

Ce point de droit me paraît si clairement établi et si unanimement admis que je me reproche réellement d'insister aussi longtemps.

On peut consulter aussi M. Troplong, *Prescription*, tome I, pages 256, 262, 284, 285;

Curasson, tome II, page 199;

Duvergier, *Rapport de M. Renouard sur la loi du 24 mai 1842*;

Marcadé, sur l'article 545.

Quand des principes sont reconnus, adoptés et proclamés si unanimement par la jurisprudence et la doctrine, il est permis de penser qu'ils ne seront pas ébranlés par l'arrêt du 26 juin 1858, rendu, après partage, par la Cour impériale de Douai; et puisque telle est ma conviction, ne puis-je pas répéter qu'il n'est pas vrai en droit :

Que les droits des riverains d'un sentier communal ne soient qu'une servitude discontinue;

Qu'il n'est pas vrai que le préfet en supprimant ce sentier ne fait qu'user de son droit;

Qu'il n'est pas vrai que la suppression du sentier amène, par une conséquence nécessaire, la suppression des droits qui existaient à raison de la nature de la voie;

Qu'il n'est pas vrai que le préfet a incontestablement le droit de régler la voirie et par suite le maintien des droits qui ne tirent leur existence et leur raison d'être que de l'existence de la voie;

Enfin, qu'il n'est pas vrai non plus que les droits d'issue et de passage des riverains sur un sentier communal peuvent être convertis d'office par les tribunaux en une indemnité arbitraire;

Qu'au contraire il est vrai et restera vrai :

Digitized by Google

Que toute propriété contiguë à une place, à une rue, à un chemin, a, par le seul fait de cette situation, un droit acquis à la jouissance des passages, issues et autres avantages qui résultent d'une libre communication avec la voie publique;

Que ce droit des riverains n'est pas une simple servitude discontinue, mais un droit réel, inhérent à la propriété;

Que les pouvoirs des préfets sur les chemins sont circonscrits dans la loi du 21 mai 1836, et par conséquent restreints aux chemins vicinaux; d'où il suit qu'ils ne peuvent jamais s'immiscer en rien dans la jouissance des chemins ruraux ou communaux non classés, et que quand, par un arrêté, ils suppriment une de ces voies de communication, ils commettent un excès de pouvoir et sortent du cercle de leur compétence;

Qu'il restera, dans tous les cas, toujours vrai que les droits des riverains ne sont pas anéantis par la suppression de la voie, et qu'au contraire ces droits qui forment une partie intégrante de leurs propriétés riveraines doivent être respectés comme toutes les autres propriétés et participent aux mêmes garanties;

Que si les communes peuvent, dans un intérêt public, changer la destination des chemins communaux, ce n'est qu'après l'accomplissement des formalités voulues par la loi, c'est-à-dire après l'expropriation pour cause d'utilité publique et le payement d'une indemnité;

Que cette indemnité doit être fixée par le jury, mais jamais d'office par les tribunaux, qui ne peuvent avoir le pouvoir de convertir en une indemnité les droits réels des riverains, c'est-à-dire les anéantir en consacrant la nécessité de les respecter;

Que cette manière de procéder est une violation flagrante de l'article 545 du Code Napoléon, article qui est applicable aussi bien aux droits réels accessoires d'une propriété qu'à la propriété elle-même; la loi commande le respect à la propriété; force à la loi, respect à la propriété. PETIT.

Digitized by Google

DE L'INFLUENCE DE DUMOULIN

SUR CERTAINS POINTS DU DROIT CIVIL FRANÇAIS.

Par M. Aubépin, procureur impérial à Charleville (Ardennes).

(*Suite et fin*[1].)

V. *Théorie de Dumoulin sur le partage dans le traité des fiefs.* — Dès ses premiers pas sur le terrain du partage, Dumoulin adopta le principe de l'aliénation nécessaire; seulement, s'il accepta l'erreur de ses devanciers, il s'efforça du moins de la réduire à des règles logiques et d'en redresser les écarts. C'était déjà un grand pas vers la vérité.

Dumoulin assigne d'abord un point de départ à sa doctrine. Un acte, quel qu'il soit, puise sa nature dans l'intention des parties qui le consomment; dans le partage, l'intention des communistes est de faire cesser l'indivision qui les enchaîne; tout acte qui tend à ce but est donc un partage. Le partage est une aliénation, il tient à la fois de la vente et de l'échange, du contrat et du distrat; sa nature est mixte à ce point de vue, et cependant il a des caractères propres et distincts. *Est enim divisio contractus mistus, participans de distractu et contractu, et de permutatione et venditione, et tamen propriam et distinctam habet naturam*[2]. Pourquoi n'est-il pas frappé du relief qui frappe toutes les aliénations de fiefs? On en a donné plusieurs raisons, une seule est vraie, *dico primam partem veriorem*, le partage est une aliénation nécessaire, *quia est alienatio necessaria*[3].

Cela posé, il importe peu de quelle cause provienne l'indivision que le partage fait cesser; qu'elle existe entre associés, copropriétaires ou cohéritiers, l'acte qui la termine est toujours un partage; dans un cas comme dans l'autre, il y a toujours aliénation nécessaire. *Æquè necessaria alienatio inter communes ex societate, sive sine societate, ex quâvis causâ*[4].

[1] V. tome XVII, page 536.
[2] Dumoulin, *Ad cons. paris.*, tit. 1, § 33, gl. 1, n° 74.
[3] Dumoulin, *loc. cit.*, ibid., n° 69.
[4] Dumoulin, *loc. cit.*, ibid., n° 70.

Digitized by Google

Il importe peu encore quelle forme affecte le partage, vente, cession, renonciation; du moment où les parties ont commencé l'acte en vue d'une indivision à faire cesser, elles ont fait un partage, et leur intention se présume lorsque les conventions dont il s'agit forment avec le partage lui-même un tout indivisible; *quandò assignatio non fit per se, sed simul cum ipso principali contractu divisionis, sive eodem contextu ejusdem actûs inchoati à divisione.* Mais qu'avant tout partage un cohéritier cède à un autre sa part héréditaire, ou qu'après le partage consommé un copartageant transporte à un autre la portion divise qui lui est échue, ces actes constituent des ventes ou des cessions, et non un partage, parce qu'ils ne sont pas dominés par l'intention des parties de sortir d'indivision. *Tunc quum non intendant dividere, non est divisio nec respectu materiæ, nec respectu formæ, nec respectu intentionis, sed est alius contractus et alia species mutationis et translationis rei* [1].

Enfin, ce n'est pas non plus la manière dont les choses indivises sont réparties entre les copartageants qui détermine la nature du partage. La chose fût-elle attribuée en totalité à l'un d'eux, à la charge de récompenser les autres, il n'y en aurait pas moins partage, *quia principalis intentio fuit dividere.* — L'attribution dont il s'agit est un mode de l'acte et ne touche en rien à sa substance, *illa assignatio dependet et incepit à causâ necessariâ divisionis.* — Il en est autrement de la nature des choses qui sont données en retour par le copartageant ainsi loti à ses autres copartageants : si le retour est fait en argent, la décision ne change pas; s'il est fait en immeubles, il faut distinguer le cas où il est fait en immeubles de la succession, de celui où il a lieu en immeubles propres à celui qui le fait. Dans le premier cas, il n'y a point de mutation, partant point de relief; dans le second, le relief est dû, *quia respectu hujus rei, non potest dici divisio, sed permutatio, quum non sit de communione* [2].

Les mêmes principes gouvernent la licitation; une distinction est cependant nécessaire :

Ou la licitation est faite avec admission d'étrangers, elle perd alors son caractère de partage, et devient une aliénation ordi-

[1] Dumoulin, *loc. cit.*, ibid., n° 70.
[2] Dumoulin, *loc. cit.*, ibid., n°s 69, 76, 78.

Digitized by Google

naire, quel que soit d'ailleurs l'adjudicataire, que ce soit un des étrangers ou un des colicitants; pourquoi? parce qu'alors elle a une existence propre et qu'elle puise en elle-même sa raison d'être, *quum sit vera venditio per se principaliter subsistens.*

Ou la licitation a lieu sans admission d'étrangers, alors elle reprend sa nature de partage; elle puise sa raison d'être dans l'intention préexistante des parties de sortir d'indivision, *non est contractus per se æquè consistens et separatus à divisione, sed executio et finis divisionis ceptæ* [1].

Dès le temps de Dumoulin, la pratique française expliquait plus simplement les choses. En fait, le relief frappait certains actes et en épargnait certains autres; or le relief se percevait, dans le contrat, non point sur le contrat lui-même, mais sur la mutation qu'il entraînait; d'où les praticiens avaient tiré le syllogisme suivant : le relief frappe la mutation; or il n'y a point de mutation sans aliénation, donc les actes qu'il n'atteint pas ne contiennent pas d'aliénation; or il respecte le partage, donc le partage n'est point une aliénation. En vain leur opposait-on, les lois romaines à la main, que le partage tenait à la fois de la vente et de l'échange, ils répondaient simplement que dans le partage il n'y avait pas de mutation d'homme, qu'après le partage on retrouvait dans le fief les mêmes hommes qu'on y rencontrait avant, que dès lors le fief ne changeait pas de main, et que conséquemment il n'y avait pas d'aliénation. Et comme le relief *se payait au seigneur direct pour qu'il approuvât le nouvel homme qui se subrogeait au lieu de l'ancien*, le relief n'était pas dû en cas de partage [2].

Ainsi opposés dans leur principe, les deux systèmes l'étaient également dans leurs conséquences. Quel devait être, après le partage, le sort des hypothèques consenties pendant l'indivision par un communiste sur un des immeubles indivis que ce même partage n'avait pas fait tomber dans son lot?

Les docteurs avaient répondu avec Ulpien que le partage était une aliénation; que, dans toute aliénation, les objets aliénés passaient aux mains de l'acquéreur, tels qu'ils se trouvaient à l'époque où elle intervenait; que dès lors les hypothèques qui les grevaient devaient les suivre dans le domaine de l'acquéreur; que le caractère d'aliénation nécessaire inhérent au

[1] Dumoulin, *loc. cit.*, ibid., nos 73 et 74.

[2] Coquille, *sur Nivernais*, tit. *Des fiefs*, art. 24.

Digitized by Google

partage ne changeait point la solution générale, parce qu'il n'avait d'effet qu'à l'égard des copartageants et demeurait étranger au créancier. *Divisio non mutat causam pignoris, sicut nec alienatio ulla* [1].

Les praticiens disaient, au contraire, que le partage ne contenait pas aliénation; que le copartageant était propriétaire de sa part divise, non pas en vertu du partage, mais en vertu de la saisine qu'il avait reçue de la loi; que, dès la mort du *de cujus*, il avait été saisi de la totalité de l'hérédité *sub onere divisionis;* qu'il n'avait pu l'aliener ou l'engager que sous la condition tacite du partage, *subjecta huic casui et eventui divisionis;* que dès lors, si l'immeuble qu'il avait grevé d'hypothèques ne tombait pas dans son lot, la condition sous laquelle le gage avait été constitué défaillait et entraînait le gage avec elle [2].

La question se présenta, en 1538, au parlement de Paris. Quatre héritiers possédaient indivisément un fief sous l'empire de la coutume de Paris; cette coutume fixant le droit d'aînesse à la moitié de l'hérédité, l'aîné devait prendre la moitié du fief, et les trois autres chacun un sixième. Pendant l'indivision, le seigneur de qui relevait le fief le saisit du chef de l'un des puînés, c'est-à-dire pour un sixième; le partage eut ensuite lieu, le fief échut en entier à l'aîné, les puînés eurent d'autres immeubles qui ne relevaient pas du seigneur saisissant. Quel devait être le sort de la saisie?

Les praticiens du barreau de Paris soutinrent qu'elle avait été effacée par l'effet du partage, et ils alléguèrent les raisons qu'on a déjà vues. Ils allèrent plus loin; comme il s'agissait d'une controverse alors ardente, ils poussèrent leur système jusqu'aux dernières conséquences. Si le puîné sur qui la saisie avait été pratiquée avait reçu en partage une part divise dans le fief, la saisie aurait eu plein effet, non-seulement à courir du partage, mais encore du moment où elle avait été faite; alors, en effet, la part divise aurait pris de plein droit la nature de la part indivise saisie par le seigneur, en vertu d'une sorte de subrogration fictive, *quasi illa portio divisa tanquàm ejusdem naturæ et subrogata sortiatur ipso jure eamdem naturam et conditionem, velut ab initio prehensa* [3].

[1] Tiraqueau, *De retr. convent.*, § 1, gl. 11, nos 76 à 80.
[2] Louet, lett. H, somm. 11. — Dumoulin, *loc. cit.*, § 1, gl. 9, no 43.
[3] Dumoulin, *loc. cit.*, tit. 1, § 1, gl. 9, nos 43, 44, 8.

Digitized by Google

Dumoulin fut consulté; il répondit : la saisie, comme l'hypothèque, donne au saisissant un *jus in re* sur la part indivise qu'elle frappe; elle s'adresse à la chose, et non à la personne; comme l'hypothèque, elle suit la chose en quelques mains qu'elle passe; *non est personalis sed realis, non fit in personam sed in rem quam solùm et non personam afficit;* le partage, étranger au créancier, ne saurait lui préjudicier, non plus que ne ferait une vente, et, à l'appui de son argumentation, il citait les lois romaines[1].

Le parlement condamna l'avis de Dumoulin. Son arrêt semble avoir enlevé un grand nombre d'adhésions au parti des docteurs, car Mornac posait en principe, quelque temps après, que la doctrine d'Ulpien sur le sort des hypothèques consenties pendant l'indivision ne se gardait plus en France : *quam tamen legem abrogatam esse haud temerè dixerim, quum senatus Parisiensis pronuntiaverit pignus concessum esse in eâ solâ parte quæ per divisionem heredi obtigit qui rem communem hypothecæ dederat*[2].

Dumoulin lui-même en fut ému, et l'autorité que prit chaque jour l'arrêt de 1538 ébranla sa conviction sur la vérité du système des aliénations nécessaires. Il faut reconnaître aussi que, tout attaché qu'il paraissait à ce système, il donnait les mains au développement du principe qui faisait la base du système contraire, et qu'il inclinait à la doctrine des praticiens presque à son insu.

VI. *Théorie de Dumoulin sur le partage dans le traité des censives.* — La maxime *le mort saisit le vif* était, on le sait, le point de départ de la doctrine des praticiens; on sait également qu'admise dans le droit féodal pour les successions directes descendantes qu'elle affranchissait du relief, elle était repoussée pour les successions directes ascendantes et les successions collatérales. Dumoulin développait mieux que personne le principe de la saisine héréditaire; il disait, comme les légistes du XIIIe siècle, qu'à la mort du vassal, lorsque ses descendants lui succédaient, il n'y avait pas mutation d'homme, mais seulement continuation de la personne du vassal par son héritier, *non videtur mutata persona vassali, nec fieri translatio feudi in alium, sed continuatio in eumdem.* Il ajoutait que l'héritier

[1] Dumoulin, *loc. cit.*, § 1, gl. 9, n°s 46, 47.

[2] Mornac, *Ad l.* 7, D., *Quib. caus. pignus vel hypoth. solv.*

Digitized by Google

n'acquérait pas le fief à nouveau, mais profitait de l'acquisition du défunt qu'il continuait, *filii succedentes patri infeudo non acquirunt feudum, sed acquisitum capiunt*[1]. Le principe ainsi précisé, Dumoulin en demandait avec énergie l'application aux successions directes ascendantes, en ce qui concernait l'exemption du relief[2]. N'était-ce pas adopter de tous points les prémisses du syllogisme des praticiens? Pourquoi donc alors en rejeter la conclusion?

D'un autre côté, Dumoulin n'avait pas suivi dans toute sa rigueur le système de l'aliénation nécessaire, et le caractère aliénatif du partage ne se présentait pas sans mélange sous sa plume; lorsqu'il allait au fond des choses, le partage lui apparaissait, non plus comme un titre acquisitif, mais comme l'attribution nécessaire en parts divises de portions acquises indivisément. *Certè acquisitio et mutatio quæ fit in divisione effectu non est nova acquisitio, nec nova mutatio, sed necessaria distributio in partes divisas portionum pro indiviso acquisitarum*[3]. Si le partage n'entraînait pas d'acquisition nouvelle, quel était donc le titre en vertu duquel chaque copartageant possédait sa part divise, et d'où procédait donc la nécessité qui servait de cause déterminante au partage? Ne valait-il pas mieux remonter immédiatement à la source de l'indivision, pour y trouver l'origine de ce titre qu'on soupçonnait déjà?

Ainsi balancé entre l'erreur et la vérité, Dumoulin n'avait qu'un pas à faire pour se rallier à l'opinion de la pratique; il le fit dans le *Traité des censives*.

Le partage, dans le *Traité des censives*, n'est plus une aliénation, mais une simple attribution de parts; *divisio propriè non est alienatio, nec nova acquisitio, sed portionum attributio:* ce n'est pas dans le partage que le copartageant puise son droit sur la chose dont il est loti, mais dans l'acquisition antérieure qui est résultée pour lui du titre générateur de l'indivision, *et semper censetur res haberi jure successivo primitivo cujus virtute facta est divisio, quæ non est nisi illius juris et primariæ acquisitionis executio;* c'est à ce seul point de vue qu'on peut dire du partage qu'il est une aliénation nécessaire, *hinc dicitur alienatio necessaria*. Encore ne faut-il ajouter aucune impor-

[1] Dumoulin, *loc. cit.*, tit. 1, § 3, gl. 1, nos 1 à 4.
[2] Dumoulin, *loc. cit.*, ibid., gl. 3, nos 1 et 5.
[3] Dumoulin, *loc. cit.*, tit. 1, § 33, gl. 1, n° 78.

Digitized by Google

tance à cette qualification, car il n'y a point de mutation, et le partage n'a point enlevé aux choses indivises leur nature primitive. *Non tamen vis est in hâc qualitate necessaria alienatio, quia in quantùmvis necessariâ locum habent hæc jura, si est novus acquisitor; sed vis est in hoc quòd per divisionem sequentem non censetur fieri nova acquisitio....., à priori acquisitione per successionem et hereditatis aditionem, sed censetur executio et distributio portionum secundùm naturam prioris acquisitionis, et secundùm causam illi ab initio implicitam, quòd fit ut res videatur in eodem statu manere*[1]. Ces derniers mots contiennent en germe le principe de l'effet rétroactif du partage. Désormais l'autorité de Dumoulin ne faillira pas à la vérité, et, dans son dernier ouvrage, ses annotations sur les coutumes, il dira encore en parlant des copartageants : *ils étaient jà saisis de leur part*, à die mortis[2].

Ce retour d'opinion en matière de partage devait amener un changement dans la doctrine de Dumoulin sur la licitation; mais ce changement ne se fit pas immédiatement d'une manière complète, et l'on trouve dans le *Traité des censives* une opinion mixte entre l'erreur que Dumoulin avait d'abord professée et la vérité qu'il embrassa plus tard.

Dumoulin, dans le *Traité des fiefs*, attribuait à la licitation le caractère général d'un partage, lorsqu'elle avait lieu sans admission d'étrangers; au cas contraire, il la déclarait vente, quel que fût l'adjudicataire. La question se représenta à lui en 1538 dans l'espèce suivante. Agnès Buquet était propriétaire d'une maison par indivis avec ses deux frères, elle s'en rendit adjudicataire sur une licitation où les étrangers furent admis; les officiers fiscaux, jugeant que cette dernière circonstance imprimait à l'adjudication le caractère d'une vente, exigèrent d'Agnès le payement des droits sur la totalité de la maison; refus de l'adjudicataire qui prétendit ne devoir les droits que pour les portions de ses frères, c'est-à-dire pour les deux tiers; procès au bureau des finances. Ce tribunal, embarrassé, appela à son aide plusieurs avocats du barreau de Paris, Dumoulin entre autres. La majorité se déclara pour le fisc : la licitation, disait-elle, était dans ce cas une vente pure et simple qui avait porté sur la maison entière, *sonat in meram et puram venditio-*

[1] Dumoulin, *loc. cit.*, tit. 2, § 78, gl. 3, n°s 11 et s.
[2] Dumoulin, *sur Lille*, art. 36.

Digitized by Google

nem totius domûs; il n'y avait point à s'inquiéter si le prix avait été partagé entre les cohéritiers, parce que le sort du prix n'influait jamais sur la nature de la vente; on ne pouvait objecter non plus que, dans tous les cas, l'adjudicataire n'avait pu se vendre à elle-même sa propre part, car il était facile de répondre qu'en soumettant la maison entière à la licitation, elle était censée avoir abdiqué ses droits sur sa part, de telle sorte qu'après l'adjudication elle tenait la maison entière, non de ses cohéritiers, mais du juge, *ergò etiam in parte suâ videtur causam habere à judice....., ergò totum videtur habere novo jure et novo titulo, tanquàm extranea persona;* enfin, avant qu'Agnès ne l'emportât, la maison avait été enchérie par les étrangers admis à la licitation, et dès lors, quand elle était demeurée adjudicataire, elle avait été subrogée à leurs droits d'acquéreurs éventuels, *ergò pro extraneâ emptrice totius haberi debet*[1].

Dumoulin soutint seul la prétention d'Agnès Buquet. Qu'importe, répondit-il, la forme que revêtent les actes? C'est à la réalité qu'il faut s'attacher. Le droit réclamé par le fisc se perçoit sur la vente; or ici il n'y a eu vente que pour les deux parts des cohéritiers; la part de l'adjudicataire n'a été acquise par personne, ni par les cohéritiers, ni par les étrangers; s'il n'y a pas eu d'acquéreur de cette part, il n'y a pas eu de vente, et Agnès l'a conservée aux mêmes droits qu'elle l'avait antérieurement. Qu'importe que des étrangers admis à la licitation aient enchéri, leur offre a été couverte par l'enchère d'Agnès; il n'y a donc pas eu de vente à leur égard, et l'adjudicataire n'a pu être subrogée à des droits qui n'ont jamais existé; le droit n'est donc pas dû sur la portion de l'adjudicataire, *quàm jure suo veteri retineret*[2].

Le bureau des finances condamna l'avis de Dumoulin, peut-être, comme le dit Dumoulin lui-même, *ne alia interim lucra omitterent;* mais, sur l'appel de l'adjudicataire, sa décision fut réformée au parlement par un arrêt d'avril 1538[3].

Le système du *Traité des fiefs* s'est donc modifié d'une distinction pour le cas où la licitation est faite avec admission d'étrangers : si un étranger l'emporte, la licitation devient une

[1] Dumoulin, *loc. cit.*, tit. 2, § 78, gl. 1, nos 170 à 174.
[2] Dumoulin, *loc. cit.*, ibid., nos 174 à 180.
[3] Dumoulin, *loc. cit.*, no 174.

Digitized by Google

vente dans laquelle les communistes jouent le rôle de vendeurs, l'adjudicataire celui d'acheteurs; si un communiste reste vainqueur, il ne peut être considéré comme acheteur quant à sa portion dans la chose commune, et il n'y a vente que pour les parts des autres communistes qu'il achète réellement.

VII. *Suite.* — Ainsi modifiée, l'opinion de Dumoulin n'en est pas moins contradictoire avec les principes qu'il a posés en matière de partage. N'a-t-il pas enseigné, en effet, que l'intention des parties doit seule servir de guide dans l'appréciation de la nature des actes, et qu'il ne faut pas s'arrêter à la forme que ces actes peuvent revêtir, ni aux conditions dans lesquelles ils peuvent se produire?

Les partisans du système de l'aliénation nécessaire sont plus logiques dans leur erreur. Écoutez d'Argentré, par exemple : Si la licitation se fait sans admission d'étrangers, l'aliénation qu'elle contient a une double nécessité, celle de sortir d'indivision, et celle d'en sortir de la seule manière qui soit possible quand la chose à partager est indivisible; *necessitas duplex, una divisionis, altera individuitatis rei.* — Si les étrangers sont admis à la licitation, et que l'un d'eux l'emporte, à son égard l'aliénation est volontaire, car c'est librement qu'il prend part à la vente; mais à l'égard des cohéritiers, que ce soit l'un d'eux ou bien un étranger qui l'emporte, rien de semblable; la nécessité seule les fait vendre, seule elle les fait recourir à la licitation, seule elle les oblige d'admettre les étrangers à la vente, *necessario vendunt, necessario auctionem ingrediuntur, necessario extraneum admittunt.* La conclusion suit de près pour la perception des droits seigneuriaux, *venditores coacti nulla debeant, spontaneus emptor debeat*[1].

En présence de conclusions si vraies d'un principe erroné, Dumoulin n'avait qu'à changer le principe en adoptant les conclusions. C'est ce qu'il fit dans une espèce qu'il est nécessaire de rapporter pour dégager nettement sa doctrine.

Titius possédait à titre de censive une maison indivise entre lui et le seigneur censier, on la licita avec admission d'étrangers, et il demeura adjudicataire; *quid de juribus dominicalibus?* Les uns disaient que les droits étaient dus au seigneur sur la totalité de la maison, *quia domus fuit adjudicata Titio*

[1] D'Argentré, *sur Bretagne*, art. 78, note 4, n° 8.

Digitized by Google

tanquàm extraneo; et, quand on leur opposait que le seigneur en possédait la moitié, ils répondaient que Titius n'avait pas contracté avec lui, mais avec le juge, *non censetur contraxisse cum domino directo, sicut nec cum seipso, sed cum solo judice.* D'autres pensaient que les droits n'étaient dus que de la moitié, parce qu'en réalité l'acheteur ne payait que la moitié du prix. Les uns et les autres ajoutaient qu'à la vérité la licitation avait été faite *animo divisionis*, mais que cette circonstance n'avait de poids qu'au cas où les étrangers n'y étaient pas admis, *verum est extraneo non admisso;* que, dans le cas contraire, le partage sortait de ses limites, *quum excedat terminos suos*, et que la chose acquise l'était en vertu d'un nouveau titre, *ex novo titulo et novâ emptione*[1].

Dumoulin, consulté, répondit qu'il n'était rien dû. Titius, disait-il, tient une partie de la maison de lui-même, une autre du seigneur; pour la première, il ne l'acquiert pas à nouveau, *non dicitur de novo acquirere;* il la garde, *sed retinere;* elle ne change pas de main, *nec res manum mutat de censuario in novum censuarium;* il ne saurait donc y avoir lieu à des droits, *et sic impossibile est aliqua jura hinc oriri;* quant à la seconde, il la tient du seigneur lui-même, qui reçoit le prix, *ipsemet dominus censetur venditor qui ipsemet pretium recipit.* Il n'a point, comme on le prétend, contracté avec le juge qui n'avait aucun droit sur la chose, et n'a pu conséquemment en transmettre aucun. Il est vrai que les étrangers ont été admis à la licitation, mais ils ont été évincés; l'acte est intervenu entre les communistes seuls, et l'on retombe alors dans les termes d'un simple partage, *et sic idem est ac si solùm inter socios fuisset licitata ex quo extraneus non fuit admissus in effectu, et sic sumus in terminis assignationis ex divisione.* — Dumoulin pousse sa doctrine jusqu'aux dernières conséquences. Supposons, poursuit-il, que la maison fût indivise entre trois communistes, dont l'un serait le seigneur censier, et que l'un des censitaires devînt adjudicataire, les droits ne seraient pas dus pour la part de l'autre censitaire, pourquoi? *quia totum est divisio*[2].

Ainsi donc un seul point décidera désormais de la nature de la licitation, quel est l'adjudicataire? Est-ce un étranger? Est-ce

[1] Dumoulin, *loc. cit.*, § 78, gl. 1, nos 154, 155.
[2] Dumoulin, *loc. cit.*, § 78, gl. 1, nos 156 à 160.

Digitized by Google

un communiste? Dans le premier cas, il y aura vente; dans le second, partage.

Des trois points qui nous ont préoccupés au début de cette étude, le partage, l'aliénation et la sous-inféodation du fief, Dumoulin n'a fait connaître jusqu'ici son avis que sur le premier. Le second l'arrêta peu, la science était fixée aussi bien que la pratique; il donna plus d'attention au dernier. « Un vas- « sal, portait l'article 41 de l'ancienne coutume de Paris, se peut « jouer de son fief, *jusques à démission de foy, sans ce que le sei- « gneur luy en puisse demander profit.* » Dumoulin montra en termes énergiques à quels abus conduisait le principe illimité de la coutume. Supposez, dit-il, une vente pure et simple du fief, avec simple rétention de foi sans autres réserves, cette vente rentre-t-elle dans l'article 41? Oui, si l'on s'en tient à la lettre, car le vassal n'a pas démis sa foi; mais est-il possible de la légitimer, si l'on consulte l'esprit? Peut-on concevoir un vassal sans fief? La terre n'est-elle pas l'intermédiaire obligé du seigneur et du vassal dans le contrat féodal, et le contrat n'est-il pas violé dès l'instant où la terre est séparée du vassal? Cette rétention de foi, dont on se prévaut pour valider la vente, n'est-elle pas un voile jeté sur la fraude, puisque le contrat lui-même empêche qu'elle ne produise un effet sérieux? — Dumoulin renouvelle son argumentation et ses attaques sous chacune des conventions qui cachent le plus habituellement les manœuvres abusives des vassaux, l'acensement, le bail à rente, la vente à réméré, puis il conclut : *certè iste paragraphus esset de istis qui indigerent inquisitione super modo et formâ utendi* [1]. La réformation de 1580 érigera cette conclusion en loi.

VIII. *Réformation de la coutume de Paris en* 1580. — Restreindre le droit de sous-inféodation entre les mains des vassaux, étendre aux successions féodales ascendantes l'exemption du relief dont jouissaient déjà les successions descendantes, déclarer affranchis des droits seigneuriaux le partage et la licitation, le partage dans tous les cas, la licitation dans certaines hypothèses, telles étaient les réformes dont Dumoulin léguait la pensée aux législateurs coutumiers. Le partage n'est pas un contrat, il ne contient pas d'aliénation, il constitue un acte spécial avec des effets exceptionnels, tel était le principe fécond

[1] Dumoulin, *loc. cit.*, tit. 1, § 51, gl. 1, nos 1 à 15.

Digitized by Google

que Dumoulin laissait à la science le soin de développer après lui.

Dépositaires fidèles de sa pensée, la coutume et la science suivirent la voie qu'il leur avait ouverte.

On conserva au vassal le droit de se jouer de son fief sans le consentement du seigneur, mais on exigea d'abord que la sous-inféodation n'excédât pas les deux tiers du fief, afin qu'il n'y eût plus de vassaux sans terre; on exigea de plus que le vassal retînt, outre la foi entière, quelque droit seigneurial et domanial sur la terre aliénée, afin que la rétention de foi ne fût plus une vaine précaution. Comme précédemment, la sous-inféodation fut sans effet direct à l'égard du seigneur, le vassal représenta toujours le fief entier à son égard, et, sauf quelques exceptions de faveur, le retour du fief principal ramena toujours l'arrière-fief en ses mains.

Le vassal en sous-inféodant manquait-il à retenir la foi, on considérait l'acte comme une aliénation donnant ouverture aux droits seigneuriaux; c'était le *jeu de fief avec profit.* Excédait-il les limites que lui imposait la coutume, il y avait *jeu de fief excessif,* et le fief sous-inféodé continuait à relever pour l'excédant du seigneur principal, malgré la sous-inféodation. Qui ne reconnaît à ces distinctions la féodalité fiscale préférant dans le fief le profit à l'honneur [1]?

L'aliénation du fief demeura permise, soit pour le tout, soit pour une partie, même sans l'assentiment du seigneur; l'aliénation partielle prit le nom de *démembrement,* quelquefois de *dépié,* et le dépié différa du jeu en ce que la partie du fief dépiécée cessa de relever du seigneur principal [2].

A côté de ce démembrement qu'on appela *volontaire,* on en admit un autre qu'on qualifia de *nécessaire,* le partage. Le fief se divisa, comme précédemment, entre tous les héritiers du vassal, sauf le préciput de l'aîné, dont la nature et la quotité varièrent selon les cas et selon les coutumes; de là le principe

[1] *Coutume de Paris,* art. 51. — Guyot, *Traité des fiefs,* t. I. chap. 2, n° 7; chap. 4, n°s 3 à 7. — Poquet de Livonière, *Règles du droit français,* liv. II, tit. 5, chap. 1, sect. 6, règles 7, 8, 9. — Quelques coutumes ne suivirent pas le système de celle de Paris; V. Merlin, v° *Jeu de fief,* § 2.

[2] *Cout. de Paris,* art. 51. — Guyot, *loc. cit.,* chap. 5, sect. 6, n°s 4 à 10. — La Thaumassière, *sur Berry,* tit. 5, art. 1.

Digitized by Google

coutumier : *Dépié de fief n'a point de lieu en partage fait de droits successifs* [1].

Seuls les fiefs de dignité conservèrent la rigueur des anciennes prohibitions. Le jeu de fief en fut banni, on l'y considéra comme un démembrement, et on le frappa à ce titre de la peine rigoureuse de la réversion totale au suzerain. L'indivisibilité demeura de leur essence; ils n'admirent point le partage de succession, l'aîné les recueillit seul en entier, à la charge de pourvoir les puînés, et la maxime *les fiefs de dignité sont impartables* se rencontre uniformément dans tous les feudistes du temps [2]. Dernier refuge des vieux principes féodaux, ces fiefs supérieurs durent à leur rapprochement de la couronne, dont ils étaient comme les sentinelles avancées, de conserver, au milieu des ruines de la féodalité, le dépôt de ses lois primitives.

Suivant encore les traces de Dumoulin, la coutume de Paris étendit l'exemption du relief aux successions féodales ascendantes, et n'exigea plus des héritiers, dans ce cas, *que la bouche et les mains avec le serment de fidélité* [3]. Si elle ne put donner à la maxime *le mort saisit le vif* une plus grande extension dans les fiefs, retenue qu'elle fut par la résistance des seigneurs et l'empire encore puissant des souvenirs féodaux, elle la proclama hautement pour les autres successions [4]. Plus hardies ou mieux favorisées, certaines coutumes parvinrent à étendre l'exemption du relief aux successions féodales entre collatéraux du premier degré, mais l'innovation dépassa peu cette limite et resta exceptionnelle à quelques provinces [5].

Trois systèmes se partageaient le droit coutumier, en matière de licitation, à l'époque de la réformation de 1580. L'un, considérant sans distinction la licitation comme une vente, la frappait sans distinction aussi des droits de mutation, c'était le système du fisc; l'autre, soutenu par les arrêts du parlement,

[1] *Cout. de Paris*, art. 13, 14, 15, s. — Poquet, *Traité des fiefs*, liv. VI, chap. 12; *Règles du droit français*, liv. III, chap. 1, sect. 1. — *Cout. de Touraine*, art. 120, et Pallu, sur cet article.

[2] Loyseau, *Des seigneuries*, chap. 6, n° 7. — Poquet, *loc. cit.* — Boucheul, *sur Poitou*, art. 30, n° 7.

[3] *Cout. de Paris*, art. 3, 4. — Ferrière, sur ces articles.

[4] *Cout. de Paris*, art. 318.

[5] *Anjou*, 84; *Maine*, 97; *Touraine*, 109. — La Thaumassière, *loc. cit.*, tit. 5, art. 11; *Décisions*, liv. II, chap. 5; liv. V, chap. 17. — Henrys, t. 1, liv. III, chap. 3, quest. 9. — Bretonnier, *ibid.*

Digitized by Google

se jetait dans les distinctions que nous avons rapportées; le troisième, admis en dernier lieu par Dumoulin, distinguait seulement le cas où la licitation se faisait avec admission d'étrangers du cas contraire, c'était aussi l'avis des partisans absolus du principe de l'aliénation nécessaire.

La coutume de Paris embrassa l'avis de Dumoulin, et son article 80 fut ainsi conçu : « Si l'héritage ne se peut partir entre « cohéritiers, et se licite par justice sans fraude, ne sont dues « aucunes ventes par l'adjudication faite à l'un d'eux; mais s'il « est adjugé à un étranger, l'acquéreur doit ventes. »

La question était trop nettement tranchée pour que les intérêts fiscaux blessés par cette solution n'essayassent pas de résister; on les vit se rattacher presque aussitôt à certaines controverses de détail, que laissait indécises le texte de la coutume, conçu peut-être en termes trop vagues.

Si l'héritage ne se peut partir, disait l'article 80; de quelle impossibilité voulait-il parler? Excluait-il l'impossibilité morale ou de convenance? *Entre cohéritiers*, poursuivait-il; était-ce une restriction, ou bien, au contraire, une simple énonciation? *Et se licite par justice*, disait-il encore; la vente par-devant notaires était-elle exclue de sa disposition?

Dumoulin avait touché les deux premiers points. Après la loi 1, C., *Communi divid.*, il avait écrit que l'impossibilité de division exigée pour la licitation se devait entendre d'une impossibilité morale aussi bien que d'une impossibilité physique, *rei non commodè vel non libenter divisibilis*. Après Bartole, il avait enseigné que l'exemption des droits seigneuriaux s'attachait à toute sorte de partage, de communauté comme d'hérédité, *æquè necessaria est divisio, vel inter communes ex societate, sive sine societate, ex quâvis causâ*[1]. Aussi la controverse ne fut-elle pas de longue durée sur la première question; dès 1634, le parlement jugea, dans la cause de l'abbesse de Gomarre, qu'une impossibilité morale suffisait pour motiver une licitation, et depuis lors sa jurisprudence fut suivie sans objections[2]. La discussion dura plus longtemps sur le second point; le parlement, dont les réformateurs de 1580 avaient condamné l'opinion, s'appliqua à restreindre la disposition de la coutume dans les limites les plus strictes, et jugea constamment que les

[1] Dumoulin, *Ad cons. paris.*, tit. 1, § 33, gl. 1, nos 69 et 73.
[2] Le Camus, art. 80. — Auzanet, *sur Paris*, art. 80.

Digitized by Google

communistes, autres que les cohéritiers, devaient les droits dans tous les cas et sans distinction, l'adjudicataire fût-il l'un d'eux; il affranchissait seulement des droits la part du communiste adjudicataire[1]. Plus tard, cette jurisprudence se modifia à mesure que le temps enleva à la résistance son ardeur primitive, et à mesure aussi que les principes qu'elle se donnait perdaient de leur autorité[2].

Dès 1607, on étendit l'article 80 à l'indivision résultant de la communauté conjugale, et à la licitation des biens communs entre la veuve et les héritiers du mari; on reconnut qu'il y avait dans ce cas un vrai partage, la femme n'étant pas étrangère dans les biens de la communauté[3]; mais on maintint l'exclusion pour ce qu'on appela l'*indivision volontaire* qui n'était comprise, disait-on, ni dans les termes ni dans l'esprit de la coutume. Le parlement se faisait ainsi le dernier refuge du système de l'aliénation nécessaire. Cependant un arrêt du 29 mai 1615 admit à l'exemption des droits la licitation entre colégataires indivis; puis, en 1619, on jugea de même en faveur des associés, et, à partir de ce moment, la doctrine travailla à effacer les distinctions[4]. Ce ne fût qu'à grande peine qu'elle y parvint : en 1640, on soumettait encore aux droits une licitation faite entre un héritier et un étranger acquéreur des parts indivises de plusieurs cohéritiers, dans laquelle pourtant l'héritier était demeuré adjudicataire[5]. En présence de cette solution, les praticiens étaient contraints de proclamer que l'arrêt de 1640 ne devait pas être suivi[6].

Sur le troisième point, on s'égara longtemps, à la suite des lois romaines, dans des discussions qui ne touchaient en rien à la nature de la licitation et qu'il suffira de mentionner[7].

Enfin, malgré les termes explicites de l'article 80, les intérêts fiscaux n'hésitèrent pas à se rejeter sur l'opinion adoptée par Dumoulin dans le procès d'Agnès Buquet, et à exiger les

[1] Bacquet, *Tr. des francs-fiefs*, chap. 7.

[2] Duplessis, *sur Paris*, liv. II, chap. 2, sect. 1. — Lapeyrère, lett. V, n° 7.

[3] Mornac, *Ad l.* 52, § *pen.*, D., *Famil. erciscund.* — Louet, lett. L, somm. 9. — Brodeau, *sur Louet*, ibid.

[4] Brodeau, *loc. cit.*, ibid.

[5] *Journal des audiences*, t. I, liv. III, chap. 69 (arrêt du 13 déc. 1640.)

[6] Duplessis, *sur Paris*, loc. cit. — Le Maître, *sur Paris*, art. 80.

[7] Poquet, *Traité des fiefs*, liv. III, chap. 6, sect. 5. — Guyot, *Traité des licitations*, chap. 6.

Digitized by Google

droits d'une licitation faite avec admission d'étrangers, dans laquelle un héritier l'avait emporté, en faisant porter ces droits sur les parts des cohéritiers. Mais ils furent repoussés, dans la personne des mayeurs et échevins de la ville d'Amiens, par un arrêt du 3 mars 1587, qui consacra, une fois de plus, la doctrine de Dumoulin [1].

La disposition de l'article 80 fut suivie par la majorité des coutumes; à la suite des discussions qui viennent d'être indiquées, elle reçut une nouvelle sanction de l'autorité quasi-législative de Lamoignon qui la mit au rang de ses *Arrêtez* [2].

IX. *De la doctrine et de la jurisprudence en matière de licitation et de partage après Dumoulin.* — Les divergences de la jurisprudence sur la licitation se retrouvent dans la doctrine; néanmoins, les systèmes y sont mieux tranchés; on peut les ramener à deux principaux. La licitation, disent les praticiens, a bien un caractère de vente, on peut même dire qu'elle n'est pas une vente volontaire, mais « un expédient inventé par la « loy comme subrogé par nécessité au lieu de partage, pour « faire que la chose ne soit plus commune; » de là même on peut conclure que par la licitation « le prix est subrogé au lieu de la « chose, » et que, partant, la licitation est censée vraie division. La vérité est néanmoins « qu'en tel cas n'y a mutation « d'homme, quand le total est adjugé à l'un des partageants. » Ce principe posé, les conséquences sont celles de l'article 80 de la coutume de Paris. Quel est l'adjudicataire? Un étranger? le droit sera dû. Un colicitant? il ne le sera pas. Pourquoi? Parce que le profit qui se paye au seigneur est « afin qu'il ap- « prouve le nouvel homme qui se subroge au lieu de l'ancien [3]. » Voilà bien les saines traditions de la pratique du XVe siècle.

La licitation, réplique le président Favre, est toujours une aliénation; il n'y a de distinction admissible qu'au cas où l'adjudicataire est un communiste; alors l'adjudicataire ne doit pas les droits sur sa portion. Quelles sont les bases de cette théorie? Favre ressuscite-t-il, pour le soutenir, le système des aliénations nécessaires? Non, il est au contraire un des adversaires les plus ardents de la doctrine bartoliste. La licitation, dit-il, est une vente; tout l'atteste, son origine, sa nature, les formes qui

[1] Louet, *loc. cit.*
[2] Lamoignon, *Arrêtez*, chap. 40, art. 5.
[3] Coquille, *sur Nivernais*, tit. *Des fiefs*, art. 24.

Digitized by Google

l'entourent. Cela posé, n'est-ce pas sur la nature des actes que se perçoivent les droits? Qu'importe donc qu'un étranger ou un communiste demeure vainqueur dans la lutte? Qu'importe donc surtout que cette lutte se soit engagée entre les communistes seuls ou entre les communistes et des étrangers? *quasi verò persona emptoris locum facere debeat laudimio, ac non potius ipsa alienatio.* Mais aussi l'on ne saurait être acheteur de sa propre chose, d'où la conséquence que le communiste adjudicataire n'achète que les parts des autres communistes, et ne doit les droits que sur ces parts; ce qui le confirme, c'est qu'il n'y a effectivement à l'égard du seigneur mutation de personne que pour ces parts. *Nec mutatur causa domini et posessionis, nisi pro eâ parte, quum anteà jam esset dominus et possessor portionis suæ*[1].

Ce système, né d'un conflit entre le droit romain dont Favre était un des plus illustres interprètes, et le droit féodal dont il ne pouvait dissimuler l'ascendant, fut le dernier effort des romanistes dans cette matière; il servit de transition à une adhésion presque générale au principe des praticiens.

Le reflet des tendances que nous venons de signaler dans la doctrine des auteurs et des arrêts sur la licitation considérée au point de vue du droit féodal, se retrouve dans la même matière sur le terrain du droit civil. La marche du mouvement est identique, le but poursuivi est pareil, et le résultat ne diffère que sur des détails secondaires.

Le parlement avait jugé d'abord que le cohéritier, adjudicataire d'un bien dans lequel il n'avait avant l'adjudication qu'une part indivise, ne possédait pas le fief entier à titre de propre, mais seulement sa part; de même qu'il jugeait alors que cet adjudicataire devait les droits pour les parts de ses cohéritiers et ne les devait pas pour la sienne. Quelques auteurs avaient même adopté ce sentiment[2].

La doctrine, en grande majorité, opposait que la licitation était un accessoire et une dépendance du partage, puisque les communistes licitaient pour consommer le partage; qu'elle n'avait dès lors d'autre effet que d'ôter l'indivis entre les communistes, et non d'attribuer à l'adjudicataire un droit nouveau

[1] Le président Favre, *De erroribus pragmaticorum*, dec 98, err. 5.

[2] Renusson, *Traité des propres*, chap. 1, sect. 5. — Ferrière, *sur Paris*, art. 326, gl. 1, § 3, n° 11.

Digitized by Google

sur les choses adjugées ; que conséquemment après la licitation il devait conserver sur la totalité le droit qu'il avait sur sa part avant la licitation, et que les autres avaient également sur les leurs [1]. La jurisprudence se rallia sur ce point par un arrêt du 27 mai 1689, et elle ne varia plus. Elle jugea même, par une déduction logique du principe auquel elle s'était rattachée, que l'hypothèque consentie par un communiste sur une chose indivise s'effaçait complétement lorsque cette chose passait en entier, par l'effet de la licitation, à un autre communiste [2].

Et quels motifs donna-t-elle à ces décisions? Laissons parler l'avocat-général Talon : « Tous les héritiers ont part au tout et « dans toutes les parties du tout, et cela ne se pouvant faire « réellement sans faire violence à la réalité et à l'indivisibilité « des substances, la loi le fait par une fiction civile, afin que les « cohéritiers conservent chacun le droit qui leur appartient ; « que si, par le partage ou par une licitation, l'un des cohé- « ritiers se rend adjudicataire de la totalité de la chose indivi- « sible, la fiction de la loi cesse, et les choses retournent à leur « nature et à leur vérité, et celui qui s'est rendu propriétaire « par le partage ou par la licitation *est réputé l'avoir toujours « été, ou plutôt la fiction de la loi opère que celui duquel la « portion a été vendue n'a jamais été propriétaire* [3]. »

C'est la première fois que nous trouvons nettement accusée la trace d'une fiction légale dans cette matière ; d'où vient cette fiction? Il faut en chercher l'origine et la filiation sur le terrain du partage proprement dit, dans la mère patrie du sujet. Là encore nous allons retrouver l'influence directe de Dumoulin.

Le partage, avait dit Dumoulin, ne transfère pas au copartageant la propriété de la part qu'il lui attribue ; son droit a sa source dans la saisine qui l'investit au moment de la mort du défunt, il est censé avoir possédé dès cette époque les biens dont il est loti par le partage. Dumoulin n'avait pas cherché à expliquer autrement son principe, par cette raison sans doute qu'il l'avait restreint aux matières féodales, dans lesquelles il

[1] Duplessis, *Des successions*, liv. III, chap. dernier. — Lamoignon, *Arrêtex*, tit. *Des propres*, art. 2. — Coquille, *sur Nivernais*, tit. *Des fiefs*, art. 24. — Renusson, *loc. cit.*, aux notes (arr. des 9 mars 1722 et 24 mai 1729).

[2] Merlin, v° *Licitation*, § 3 (arr. du 3 mai 1743).

[3] Brodeau, *sur Paris*, art. 33.

Digitized by Google

lui suffisait de dire pour le justifier : *non est mutata persona vassali.*

Après lui, les feudistes suivirent aveuglément ses traces, et Lamoignon put poser en règle coutumière, un siècle plus tard, qu'il n'était pas dû de lods et ventes pour partages faits avec soulte ou retour, ou par autre accommodement de famille[1]. Dans cet intervalle, il y eut bien quelques difficultés sur les distinctions de Dumoulin au sujet des partages avec soulte; d'Argentré avait combattu ces distinctions, pour leur substituer le principe absolu de l'intention des copartageants, *id tantùm agunt ut dividant*[2]; les coutumes s'étaient partagées entre Dumoulin et d'Argentré[3]; dans celles dont le silence avait laissé la question entière, on vient de voir par le témoignage de Lamoignon que d'Argentré l'avait emporté sur Dumoulin. Mais ce n'était là qu'un détail de la théorie, et, sur le principe, la victoire restait à Dumoulin. Néanmoins, pour beaucoup de feudistes, cette victoire ne s'attachait qu'au résultat, et il ne faudrait pas trop presser les motifs qui dictaient leur décision, de peur d'y retrouver encore vivace la vieille erreur de l'aliénation nécessaire. Ne demandez pas à Pocquet pourquoi les lods ne sont pas dus d'un partage, il vous répondrait que cela a lieu « *quoique le partage emporte aliénation, par la raison que c'est* « *une aliénation nécessaire et non volontaire*, étant en liberté « de toute personne qui possède une part indivise dans une « chose commune de contraindre ses associés de la diviser, pour « ne pas toujours demeurer en communauté[4]. » Henrys vous dirait également, après avoir exposé la théorie de l'aliénation nécessaire : « c'est par cette considération que des *partages* « *nécessaires* et des licitations entre cohéritiers ne sont dus « lods[5]. » D'autres mêleraient, comme Boucheul, la doctrine de Dumoulin et celle de Bartole, au point d'écrire du partage que « c'est un accommodement entre cohéritiers, une subrogation, « une permutation et une distribution de portions indivises,

[1] Lamoignon, *Arrêtez*, tit. *Des droits seigneuriaux*, art. 10.

[2] D'Argentré, *sur Bretagne*, art. 73, nª 4, nº 3.

[3] Boucheul, *sur Poitou*, art. 33, nº 26; — Sur le développement de la jurisprudence en ce point, V. Poquet, *Traité des fiefs*, liv. III, chap. 6, sect. 6.

[4] Pocquet, *Traité des fiefs*, liv. III, chap. 6, sect. 6.

[5] Henrys, *loc. cit.*, lib. III, chap. 3, quest. 9.

Digitized by Google

« plutôt qu'un nouveau titre et une nouvelle acquisition; » et d'ajouter ensuite que les partages avec soulte sont faits, non pas « dans l'intention de vendre, mais par un accommodement entre « cohéritiers *dont la cause est nécessaire*, *alienatio necessaria* « *quæ ex divisione pendet.* » Quelques-uns même citeraient à l'appui de cette thèse Dumoulin, mais Dumoulin du *Traité des fiefs*, comme si le *Traité des censives* n'avait pas inauguré une doctrine nouvelle [1]. En retour, bon nombre de feudistes et de coutumiers diraient avec le président Favre : « ..... per ejus- « modi alienationem, licet mutetur causa dominii, attamen non « mutantur personæ possessorum, neque pristinum dominium « novâ accessione ullâ ex parte augetur, *sed tantùm partes quæ* « *anteà non nisi juris intellectu consistebant*, *divisione corporis* « *consistere incipiunt*.....; cur ergò ex divisione sive inter co- « heredes sive inter condivisores factâ laudimium debeatur, « *quum iidem prorsùs sint domini et possessores qui erant anteà*, « *adeòque pro iisdem dominii partibus* [2] *?* » Ce ne serait pas encore toute la vérité, mais ce ne serait déjà plus toute l'erreur.

Le développement de la théorie de Dumoulin en matière de partage se fit principalement sur le terrain du droit civil, mais il ne se fit que par degrés, et sa pensée ne se dégagea pas de suite des entraves que lui imposait le souvenir des anciennes erreurs.

X. *Suite.* — On répéta d'abord après lui que le partage n'était pas précisément un contrat, mais un expédient par lequel à chacun de ceux qui avaient part en plusieurs choses communes par indivis étaient attribuées une ou plusieurs pièces divisées et séparées; on ajouta, comme lui, qu'il y avait une sorte de subrogation de la portion divise à la portion indivise, de telle façon que la première semblait avoir été possédée divisément à partir du décès [3]. D'autres écrivirent dans le même sens, mais sous une autre forme, que par l'effet du partage le copartageant avait une part *non minorem, tamen minus latè patentem*, et qu'il acquérait seulement sur cette part un droit de disposition plus complet, *liberiorem de sua parte disponendi facultatem nactus est* [4]. Ces explications cadraient bien avec

[1] Boucheul, *sur Poitou*, art. 23, n° 25.
[2] Le président Favre, *De error. pragmat.*, dec. 98, err. 4.
[3] Coquille, *sur Nivernais*, tit. *Des fiefs*, art. 24.
[4] Favre, *loc. cit.*, ibid.

Digitized by Google

l'hypothèse où le copartageant obtenait dans la chose commune une part divise égale à sa part indivise, mais elles ne ralliaient pas l'hypothèse contraire. Chaque héritier, dit-on alors, a un droit éventuel à la succession entière, et le concours de tous les héritiers vient seul réduire chacun d'eux à une portion déterminée; cela est si vrai qu'en cas de renonciation la part du renonçant va aux autres héritiers *jure non decrescendi*, et non *jure accrescendi*; qu'arrive-t-il dès lors, quand les cohéritiers conviennent que l'un d'eux prendra dans la succession une part plus forte que les autres, ou même absorbera la succession entière? Les cohéritiers renoncent à leur part dans les choses ainsi attribuées qui passent au cohéritier ainsi loti *jure non decrescendi*, en vertu du droit qu'il a puisé dans la saisine [1].

La pratique suivait pendant ce temps un système moins savant peut-être, moins ingénieux assurément, mais plus simple et plus large, que nous avons déjà vu en germe dans les traditions du XVIe siècle. Thomasse Pajot étant propriétaire par indivis avec ses enfants d'une maison dépendant des acquêts de son défunt mari, affecte spécialement la moitié de cette maison au service d'une rente de cent livres qui lui est personnelle; vient ensuite le partage, qui attribue la maison entière à l'un des enfants. Le créancier de Thomasse Pajot veut la retenir comme son gage, et il répète devant le parlement ce que disait en 1538 Dumoulin encore hérétique, *habet jus in re*. Le cohéritier répond, comme faisaient les praticiens en 1538, qu'avant le partage Thomasse Pajot n'était pas *dominus incommutabilis* de la maison, mais *dominus ad tempus, donec hereditatis divisio facta sit;* qu'elle avait bien *jus certum*, ou un tiers, ou un quart *ex numero coheredum*, mais qu'elle n'était pas *rei certæ aut corporis certæ dominus, nisi cum onere divisionis;* que dès lors elle n'avait pu vendre, aliéner et hypothéquer qu'avec la condition du partage et division. Le cohéritier gagna son procès, l'arrêt est du 2 août 1595, au rapport de Louet. On avait ainsi jugé en 1559, en 1571, en 1574 et en 1581; à ces diverses époques, le cohéritier attaqué avait reproduit le même système [2]. Cependant, en 1574, il l'avait formulé d'une manière plus complète et plus précise : « La coustume *le mort saisit le vif*, avait-il dit, a un effet « *suspensif* relatif au partage ou à la subdivision..... qui ne sont

[1] Hervé, *Des matières féodales*, t. III, chap. 31.
[2] Louet, *loc. cit.*, lett. H, somm. 11.

Digitized by Google

« point *attributifs*, mais *déclaratifs* des droits des cohéritiers, « par un effet *rétroactif*, comme si le deceds n'estait arrivé et « le cohéritier saisi de sa portion héréditaire qu'au temps du « partage [1]. »

Le principe de la saisine conditionnelle, entraînant avec lui la rétroactivité de la condition, réunissait dans une seule idée les caractères divers du partage; il fit fortune, et Brodeau, annotant les arrêts qui précèdent, imagina de le résumer dans une maxime qu'il formula ainsi : « Le sort du partage produit un « droit *déclaratif* et un effet *réductif* et *rétroactif dirimant*, en « sorte que le cohéritier est *présumé* n'avoir jamais été saisi ni « en droit, sinon aux choses qui sont échues en son lot.....; en « un mot, le partage n'est point *attributif*, mais *déclaratif* du « droit du cohéritier [2]. »

En même temps le principe relevé par Dumoulin arrivait à un triomphe semblable sur un autre terrain, où il n'avait pas été moins attaqué, celui de la lésion en matière de partage.

On n'avait jamais contesté l'admissibilité de la rescision pour cause de lésion en partage; il n'y avait de difficultés que sur la quotité. Dumoulin avait enseigné, dans le *Traité des fiefs*, qu'il ne fallait pas appliquer à la rescision du partage les lois romaines sur la rescision de la vente, et qu'une lésion qui ne dépassait pas la moitié était suffisante, pourvu qu'elle fût raisonnable, *non nimis modica inæqualitas*; il n'avait pas autrement motivé son opinion [3]. Plus tard, dans le *Tractatus contract.*, *usurar.*, *redit.*, il avait reproduit son opinion aussi rapidement, en disant du partage, *non est voluntatis, sed necessitatis* [4].

Après lui, les docteurs continuèrent à invoquer le principe romain que le partage était une vente, et à lui imposer la lésion d'outre-moitié fixée par la loi 2, C., *De rescind. vend.* — Les praticiens répondirent par la loi *majoribus* (3, C., *Comm. utr. jud.*), ainsi conçue : « Majoribus etiam per fraudem, vel dolum, « vel *perperam*, sine judicio factis divisionibus solet subveniri, « quia in bonæ fidei judiciis quod inæqualiter factum esse consti- « terit, in melius reformabitur; » et ils ajoutèrent que cette loi se trouvait sous la rubrique du Code, *communia utriusque ju-*

[1] Brodeau, *sur Paris*, art. 37, n° 35.
[2] Brodeau, *sur Louet*, lett. H, somm. 11.
[3] Dumoulin, *Ad consuet. parisiens.*, § 33, gl. 1, n° 42.
[4] Dumoulin, *Tractat. contr. usurar. redit.*, quest. 14, n° 182.

Digitized by Google

dicii tam familiæ erciscundæ quam communi dividundo. — Les docteurs répliquaient que la loi *majoribus* ne parlait point expressément de lésion, et d'ailleurs ne fixait pas de quotité; qu'on retombait ainsi, dans tous les cas, sous le coup du droit commun. — La pratique rétorquait que le mot *perperam* de la loi *majoribus* comprenait implicitement la lésion; qu'au surplus, la différence notable qui existait entre la vente et le partage empêchait d'appliquer à l'un les principes de l'autre; que, dans la vente, il était permis aux parties *se invicem circumvenire*, tandis que, dans le partage, les contractants avaient seulement pour but d'avoir chacun sa portion, d'avoir séparément ce qu'ils n'avaient qu'en commun [1].

La quotité d'outre-moitié déclarée inapplicable au partage, quelle quotité devait-on lui substituer? Les uns, arguant de la novelle 108, chapitre 1, la fixaient au quart; les autres, s'autorisant de la loi 11, C., *famil. erciscund.*, du tiers au quart. Le premier système, s'il faut en croire Imbert, avait d'abord prévalu dans la jurisprudence, et le président Favre le présente comme l'opinion commune de la doctrine à son époque. Plus tard, il fit place au second; Henrys et Bretonnier enseignent sans distinction que, pour se plaindre d'un partage de biens, il faut qu'on allègue une inégalité qui soit au moins du tiers au quart. Les pays de droit écrit gardèrent seuls la quotité du quart, par respect pour la novelle 108 [2].

Au milieu de ces discussions et des doutes qu'elles suscitaient, la fraude s'était fait jour à la faveur d'une opinion de Dumoulin. Dumoulin, on le sait, malgré son principe qu'il fallait s'attacher à la réalité plutôt qu'à la forme, pour déterminer la nature des actes, donnait cependant quelque empire aux apparences, en exigeant que, dans leurs conventions divisoires, les communistes débutassent par un partage. Bon nombre de copartageants avaient donné à leurs partages la forme de ventes ou de transactions; dans le premier cas, ils s'arrangeaient de façon à ce

[1] Favre, *De error. pragmat.*, dec. 8, err. 1. — *Codic.*, lib. III, tit. 27, def. 3; lib. IV, tit. 43, def. 23. — Imbert, *Enchiridion*, chap. *De division et partage mal faict.* — Coquille, *loc. cit.*, ibid. — Henrys, *loc, cit.*, t. I, liv. IV, quest. 73.

[2] Favre, *loc. cit.* — Imbert, *loc. cit.* — Coquille, *loc. cit.* — Bretonnier, *sur Henrys*, loc. cit. — Catelan, t. II, liv. 5, chap. 72. — Despeisses, t. I, p. 148.

Digitized by Google

que la lésion, s'il y en avait quelqu'une, n'atteignît pas l'outre-moitié de la loi romaine; dans le second, la nature même de la transaction mettait l'acte à l'abri de la rescision pour cause de lésion. Puis, quand venait l'action en rescision, ils s'autorisaient de la doctrine de Dumoulin pour soutenir qu'ils n'avaient pas fait un partage. D'Argentré avait combattu le principe de Dumoulin : *est divisio*, avait-il dit, *etiam quæ venditionis nomine tegitur, si cum eo facta est qui ad divisionem cogere potuit*[1]. De bonne heure la jurisprudence se rallia à l'opinion de d'Argentré, en haine des fraudes que favorisait celle de Dumoulin; l'admission presque unanime de la lésion du quart acheva de conjurer le danger, et Mornac, en constatant la fréquence des difficultés sur ce point, constate aussi l'uniformité des solutions qu'on leur donne : *nihil est vulgarius in quotidianis familiæ erciscundæ quæstionibus; si enim inveniatur læsio du quart au tout, on peut agir à nouveau partage*[2].

Ainsi donc, dans la seconde moitié du XVIIe siècle, le partage est en possession incontestée des principes dont l'a doté Dumoulin, la doctrine les suit, la jurisprudence les applique, et les coutumes elles-mêmes, muettes qu'elles sont en général sur cette matière, semblent avoir rompu le silence pour proclamer que le partage n'est pas translatif. C'est ainsi que les *coutumes de nantissement* qui, pour la translation de propriété dans les cas ordinaires, exigent une sorte d'investiture devant les échevins, disposent formellement : « Partage et division se peut « faire entre cohéritiers des héritages terres et rentes à eux « échus par succession, sans qu'il soit requis le réaliser par « œuvres de loi, par devant les justices des lieux où lesdits hé- « ritages, terres et rentes sont situés[3]. »

Laissons donc Domat se débattre encore entre les principes contraires du droit romain et du droit français qu'il veut accommoder, parler à la fois de vente avec le Code et d'échange avec Papinien; cet attachement aux lois romaines est solitaire[4]. Écoutons plutôt Lebrun; à l'exemple de tous les auteurs qui traitent du partage, il prend la maxime de Brodeau pour le thème de ses développements, et il la commente, comme il a

[1] D'Argentré, *sur Bretagne*, art. 73, n°s 4, n° 3.
[2] Mornac, *Ad leg.* 20, D., *Famil. erciscc.* — Leprêtre, cent. 3, chap. 123.
[3] Cambrésis, tit. 14, art. 1. — Lille, tit. 2, art. 59.
[4] Domat, *lois civiles*, IIe part., liv. I, tit. 4, sect. 1, n°s 1 à 12.

Digitized by Google

commenté la maxime *le mort saisit le vif*, à titre de règle coutumière. « Les partages ont tous un effet retroactif. » Qu'est-ce à dire? « Qu'un chacun des héritiers est réputé avoir eu du mo-« ment du décès ce qui lui est arrivé dans le partage, et n'avoir « rien eu dans ce qui ne lui est pas arrivé par le même par-« tage. » D'où vient cette maxime? « Cette maxime dépend d'un « autre que le mort saisit le vif. » Quelle est son utilité? « Comme cette maxime s'entend de tout ce qui arrive à chaque « héritier dont il est censé saisi, il faut nécessairement que ce « soit du jour du décès, parce qu'autrement il arriverait souvent « qu'il ne serait saisi qu'à moitié, » en raison des accroissements résultant de renonciations ou de dévolutions [1].

XI. *Doctrine de Pothier sur le partage et la licitation.* — Jusqu'ici nous avons assisté à l'enfantement laborieux d'une théorie en matière de partage et de licitation; chaque jurisconsulte est venu apporter son tribut à ce travail de formation; l'un s'est attaché surtout à la question des hypothèques, un autre à celle de la lésion, celui-ci au droit féodal, celui-là au droit civil; presque tous se sont restreints au partage héréditaire. Il faut arriver à Pothier pour trouver un système qui embrasse le sujet tout entier.

Pothier s'applique d'abord à fixer nettement le caractère du partage français; il répète avec insistance, chaque fois qu'il en trouve l'occasion, qu'il n'a rien de commun avec le partage romain; qu'il n'admet aucun mélange de vente ni de permutation, et qu'il n'est pas même un contrat; il le définit « un *acte* « qui détermine la part indéterminée qu'avait avant le partage « chaque cohéritier dans la masse qui a été partagée aux seules « choses qui tombent dans son lot [2]. »

Quelle est maintenant la source juridique de ce caractère spécial au partage français? Pothier, pour le découvrir, se demande quelle était la nature du droit des copartageants avant le partage, quelle elle est après.

Avant le partage, c'est l'indivision; quelle est donc la nature de l'indivis? L'indivis constitue un état conditionnel dont l'événement est le partage; dans cet état, chaque propriétaire indivis a un droit éventuel sur la totalité de la chose indivise, *dans le cas où elle lui écherrait par partage*, droit qui puise sa

[1] Lebrun, *Traité des successions*, liv. IV, chap. 1, n° 21.

[2] Pothier, *Vente*, n° 630; *Société*, n° 179; *Communauté*, n° 711.

Digitized by Google

source dans la saisine soit héréditaire, soit contractuelle. — Quand l'événement est arrivé, c'est-à-dire après le partage, soit qu'il se réalise complétement par l'attribution à l'un des copartageants de la totalité de la chose indivise, soit qu'il se réalise partiellement par l'attribution d'une part quelconque, la condition rétroagit au jour où l'indivision a pris naissance; et, s'il s'agit d'une hérédité, alors il est vrai de dire que le copartageant tient sa part à titre de succession, puisque l'indivis auquel il a succédé renfermait le droit au total [1].

Cela posé, les conséquences vont de soi. Si l'héritier dans le partage n'acquiert rien de ses cohéritiers, comment serait-il tenu des hypothèques de leurs créanciers? Qu'a donc hypothéqué le cohéritier, sinon les effets qui lui écherraient dans son lot, de telle sorte que s'il ne lui échoit rien qui soit susceptible d'hypothèque, le gage qu'il a donné s'évanouit [2]? S'agit-il du partage d'une communauté conjugale, il en est de même. Le mari qui reçoit dans son lot des conquêts est censé les avoir acquis dès l'origine pour le compte de lui seul, et en avoir toujours été seul propriétaire, sans en rien tenir de sa femme ni des héritiers de sa femme; de même pour la femme [3]. Supposez un partage de société, chaque copartageant est censé avoir été seul propriétaire des choses qui tombent dans son lot, dès le jour où elles sont entrées dans la société, à quelque titre que ce soit [4].

La rescision pour cause de lésion atteint le partage comme les autres contrats; mais la raison n'en est pas, comme on le disait autrefois, qu'il tient de la vente et de l'échange, et doit dès lors recevoir l'application des principes romains sur l'échange et la vente; la raison en est que l'égalité est requise en partage avec plus de force que dans les autres actes, par la nature même des choses. La jurisprudence a fixé le taux de cette lésion du tiers au quart, c'est le droit commun [5].

Après avoir interrogé Pothier comme jurisconsulte, inter-

[1] Cette idée est complétement développée au *Traité des fiefs* (part. I, chap. 5, § 3), à propos de la licitation; on la retrouve appliquée dans tous les passages cités à la note précédente.

[2] Pothier, *Successions*, chap. 4, art. 5, § 1.

[3] Pothier, *Communauté*, nos 711, 712.

[4] Pothier, *Société*, n° 179.

[5] Pothier, *Vente*, n° 635; *Successions*, chap. 4, art. 6.

Digitized by Google

rogez-le comme feudiste. Il semble de prime abord que le partage contient une mutation, parce que chaque copartageant paraît renoncer en faveur des autres à son droit sur une portion de la chose indivise; c'est la théorie d'Hervé; mais, loin de là, le partage est seulement censé déterminer ce à quoi chacun des cohéritiers qui ont succédé en commun doit être censé avoir succédé, et, comme on ne succède jamais en commun qu'à la charge d'un partage, le partage ne doit pas se considérer séparément de la succession, dont il n'est que la détermination et l'exécution. Il ne donne donc lieu ni au rachat, ni aux lods, ni au retrait, qui s'ouvrent en cas de mutation au profit du seigneur [2].

Le partage fait avec soulte n'en est pas moins un partage; la créance de soulte qui en résulte n'affecte pas sa nature; le cohéritier débiteur est censé avoir dès le principe acquis sa part sous cette charge; le seigneur n'a donc aucun profit à percevoir sur ce partage, non plus que sur le partage ordinaire. Il est vrai que la coutume d'Orléans soumet au profit le partage fait avec soulte, lorsqu'il est intervenu entre un cohéritier et un étranger acquéreur des parts des autres cohéritiers; mais alors le profit se perçoit en vertu du contrat de vente que les cohéritiers ont fait à l'étranger, parce que les soultes sont censées venir se joindre fictivement au prix de vente qu'elles augmentent d'autant, et non en vertu du partage qui n'est point pour le cessionnaire un nouveau titre d'acquisition [3].

Il y a plus, quelque forme qu'il affecte, le partage entraîne toujours les mêmes résultats : l'un des communistes vend-il sa part aux autres, les parties sont censées s'être exprimées improprement, et n'avoir voulu faire autre chose que déterminer le droit indivis de chacun, de telle sorte que la part de l'un consisterait dans la somme qu'il reçoit, la part des autres dans les portions qu'ils achètent, jointes aux leurs propres [4].

Ce que Pothier vient de dire du partage, il le répète de la licitation. La licitation, bien qu'elle ait l'apparence d'une vente, n'est autre chose qu'un acte dissolutif de communauté, elle tient lieu de partage; la somme que le créancier adjudicataire paye

[2] Pothier, *Fiefs*, part. II, chap. I, art. 2, § 1; *sur Orléans*, tit. 1, art. 15, nª 1.

[3] Pothier, *Successions*, chap. 4, art. 5, § 2; *sur Orléans*, loc. cit., nª 2.

[4] Pothier, *Communauté*, nº 714.

Digitized by Google

aux autres cohéritiers est comme un retour de partage, dont il est chargé envers chacun d'eux; la part de chacun, indéterminée d'abord, se détermine par la licitation aussi bien que par le partage, de sorte que chacun est censé n'avoir jamais été saisi d'autre chose. Cela n'est vrai toutefois que du cas où un cohéritier demeure adjudicataire, que les étrangers aient été ou non admis à la licitation. Si un étranger l'emporte, en effet, le titre en vertu duquel il acquiert est nouveau; il n'a pas de titre originaire d'acquisition, il doit conséquemment les droits des portions qu'il acquiert par la licitation [1].

Arrivés au terme de cette étude, jetons un coup d'œil sur le chemin parcouru; remontons au principe tel que Dumoulin l'avait formulé, et comparons-le au résultat tel que Pothier vient de l'établir; la filiation n'est-elle pas sensible? sans doute il ne faut pas négliger les influences intermédiaires; mais Brodeau eût-il jamais posé son axiome fécond si Dumoulin n'en eût pas assuré d'avance les fondements? Sans doute l'idée première du système appartient à la pratique française du XVe siècle; mais qui donc a transporté cette idée du domaine des faits dans celui du droit; qui donc lui a donné la vie juridique, l'a défendue de l'influence des principes hostiles et l'a érigée en théorie? Sans doute, au contact d'une longue pratique, la doctrine de Dumoulin s'est développée, élargie, modifiée même en quelques points. Mais Pothier aurait-il écrit : « Le partage est censé ne faire aucune mutation, mais seulement déterminer ce à quoi chacun « des cohéritiers qui ont succédé en commun *doit être censé* « avoir succédé, et de là la maxime que les partages ont un « effet démonstratif et rétroactif [2]; » si Dumoulin n'avait pas écrit avant lui : « Divisio non est *proprie* alienatio, sed portio« num attributio....., *censetur* res haberi jure successivo *primi« tivo* cujus *virtute* facta est divisio, quæ non est nisi illius juris « *et primariæ acquisitionis executio*..... secundum *naturam* « prioris acquisitionis, et secundum *causam illi ab initio impli« citam* [3]? »

AUBÉPIN.

[1] Pothier, *Vente*, n°s 637, 638, s.; *Retraits*, n°s 112, 113, s.; *Société*, n° 180; *Successions*, chap. 5, art. 4 et 5; *Communauté*, n° 714; *Fiefs*, part I, chap. 5; *sur Orléans*, tit. 1, art. 16.

[2] Pothier, *Fiefs*, part. II, chap. 1, art. 2, § 1.

[3] Dumoulin, *Ad cons. paris.*, tit. 2, § 73, gl. 3, n°s 11 et suiv.

Digitized by Google

DE LA RÉHABILITATION EN MATIÈRE DISCIPLINAIRE.

Par M. A. Klié, procureur impérial à Schlestadt.

Le décret organique du 2-21 février 1852 pour l'élection des députés au Corps législatif comprend, article 15, § 8, au nombre des individus à exclure des listes électorales : *les notaires, greffiers et officiers ministériels destitués en vertu de jugements ou décisions judiciaires.*

C'est là une incapacité nouvelle d'autant plus grave qu'elle est perpétuelle, et que la disposition qui la prononce s'applique aujurd'hui aux élections aussi bien des députés au Corps législatif que des conseils électifs tels que les conseils municipaux, les conseils d'arrondissement et les conseils généraux.

Ne semble-t-il pas, dès lors, que ceux qui en sont frappés devraient pouvoir s'en faire relever par la voie de la réhabilitation désormais toujours ouverte, suivant l'exposé des motifs de la loi du 3 juillet 1852, dès l'instant où il y a incapacité encourue, temporaire ou perpétuelle [1].

Il n'en est rien pourtant; et alors que les assassins, les voleurs, les faussaires et tant d'autres condamnés souvent beaucoup moins intéressants que les officiers publics et ministériels révoqués, sont appelés à jouir du bénéfice de la réhabilitation ; ces derniers seuls en sont exclus, sinon expressément, du moins tacitement, par le silence gardé à leur égard par la loi du 3 juillet 1852.

Cette loi, en effet (article 619 revisé du Code d'instruction criminelle), dispose :

« Tout condamné à une peine afflictive ou infamante, ou à « une peine correctionnelle, qui a subi sa peine ou obtenu des « lettres de grâce, peut être réhabilité. »

Tout *condamné* à une *peine afflictive* ou *infamante*, ou à *une peine correctionnelle.....*, et voilà tout! la réhabilitation s'arrête là; et dans cet article, tel qu'il est rédigé, il n'y a point de

[1] « Partout où il y a incapacité perpétuelle, il doit y avoir lieu à réhabilitation; ces deux idées sont corrélatives..... » — Et plus loin : « On ne pouvait distinguer les incapacités temporaires des perpétuelles, parce que autrement un individu, frappé successivement de ces deux sortes d'incapacités, pourrait se faire libérer des unes et non des autres. » (Exposé des motifs de la loi du 3 juillet 1852.)

Digitized by Google

place pour les officiers publics ou ministériels atteints par les dispositions du décret du 2-21 février 1852, car les officiers publics ou ministériels révoqués ne rentrent ni dans les condamnés à une peine correctionnelle, encore moins dans les condamnés à une peine afflictive ou infamante.

Pour leur rendre applicable la loi de 1852, il faudrait évidemment en forcer les termes et étendre, par voie d'interprétation, ses dispositions à des cas qu'elle n'a ni réglés ni prévus directement.

En 1839 la Cour de Paris l'a essayé : c'était à l'occasion d'une demande en réhabilitation formée par un condamné à une peine *simplement correctionnelle.*

L'article 619 du Code d'instruction criminelle (ancien texte) ne disposait alors que pour les condamnés à des peines afflictives ou infamantes : les condamnés correctionnels étaient exclus, comme le sont aujourd'hui *les condamnés disciplinaires.*

Cependant des lois récentes, celles du 22 mars 1831 sur la garde nationale, du 21 mars 1832 sur le recrutement de l'armée, du 28 juin 1833 sur l'instruction primaire, étaient intervenues comme est intervenu le décret du 2-21 février 1852, qui avaient successivement ajouté des incapacités nouvelles et perpétuelles, à celles que le Code pénal attachait déjà à certaines condamnations, ou qu'il laissait aux tribunaux le soin de prononcer, le tout en matière correctionnelle.

Le besoin de lever ces incapacités se faisait de plus en plus sentir, et la Cour de Paris appelée à donner son avis sur la demande en question crut pouvoir, devançant l'œuvre du législateur, et se fondant sur des nécessités d'ordre public en quelque sorte reconnues, émettre un avis favorable à la demande.

D'ordre de M. le garde des sceaux, cet avis fut déféré à la Cour de cassation qui n'hésita pas à le casser pour excès de pouvoir et violation de la loi, par les motifs :

« Que les dispositions de la loi sur la réhabilitation des con-
« damnés étaient essentiellement limitatives, qu'en désignant
« plusieurs classes de condamnés, elles excluaient nécessaire-
« ment celles dont elles ne faisaient pas mention, et qu'en aucun
« cas il n'appartenait au juge, sous prétexte d'anomalie dans
« la législation, d'étendre la loi au delà de ses dispositions [1].»

[1] Cassation, 31 janvier 1839.

Digitized by Google

Il est vrai de dire qu'en l'état de la législation le caractère limitatif de la loi ressortait, non-seulement du silence qu'elle gardait à l'égard des condamnations correctionnelles, mais encore et surtout de cette circonstance que, même pour les condamnations à des peines afflictives ou infamantes, le législateur avait eu soin d'énumérer, dans le § 2 de l'article 619 du Code d'instruction criminelle, celles de ces condamnations auxquelles il entendait attacher le bénéfice de la réhabilitation.

Il y avait là un système de restrictions nettement accusé, et sur le caractère duquel dès lors il devenait impossible de se méprendre. Or on ne peut méconnaître que ce système est contraire à l'esprit et aux tendances de la législation nouvelle, qui a entendu faire de l'exception la règle générale, à savoir : *Que là où il y a condamnation entraînant incapacité, il y a lieu aujourd'hui à réhabilitation.*

Mais encore faut-il qu'il y ait condamnation, condamnation dans le sens de la loi de 1852, qui, à cet égard, spécifie, c'est-à-dire condamnation criminelle ou correctionnelle.

A ce point de vue la limitation subsiste et avec elle la défense de procéder par voie d'interprétation extensive, ou sous prétexte d'anomalie dans la législation, sous peine de retomber aussitôt, et par les mêmes motifs, dans l'excès de pouvoir et la violation de la loi, signalés par l'arrêt de cassation précité.

Est-il bien nécessaire, d'ailleurs, d'insister sur ce point que les mesures disciplinaires ne sont point des condamnations criminelles ou correctionnelles, et même qu'elles n'ont avec celles-ci aucun lien d'affinité.

Il semble qu'énoncer la proposition, c'est en même temps la démontrer.

« En aucun cas, dit M. Morin dans son *Traité de la discipline « des Cours et tribunaux*, etc., l'auteur d'une infraction disci- « plinaire constituant en même temps un crime ou délit ne « devrait obtenir la remise de la peine disciplinaire encourue « ou prononcée par cela seul qu'il y aurait amnistie ou grâce « pour le crime ou délit qualifié, *car il faut toujours conserver « la distinction essentielle* qui existe entre la discipline d'un « corps et les règles ordinaires, entre les devoirs professionnels « et les devoirs sociaux, entre les infractions disciplinaires et « les délits communs, enfin entre les peines ou mesures

Digitized by Google

« qu'exige la discipline et les moyens que réclame la loi pé-
« nale [1]. »

Et cet auteur se prononce de la manière la plus formelle contre l'admissibilité de la réhabilitation en matière disciplinaire. De même M. Faustin-Hélie qui, dans son *Traité du Code d'instruction criminelle*, nous enseigne « que le notaire « qui a été condamné 1° par un arrêt de la Cour d'assises à « une peine afflictive ou infamante, 2° par une décision disci- « plinaire à la destitution, continue de supporter après sa réha- « bilitation les incapacités attachées à sa destitution [2]. »

M. Morin écrivait sous l'empire de l'ancienne législation sur la réhabilitation des condamnés; M. Faustin-Hélie écrit sous l'empire de la nouvelle. Tous deux cependant concluent de même.

De même aussi la chancellerie qui a toujours maintenu la distinction fondamentale entre les peines proprement dites et les mesures disciplinaires, a constamment refusé à celles-ci le bénéfice de dispositions gracieuses exclusivement réservées aux premières :

« Les mesures disciplinaires n'étant pas considérées comme « des peines, il ne peut y avoir lieu dans l'espèce à l'applica- « tion du droit de grâce [3]. »

Or si la grâce n'est pas admise en matière disciplinaire, comment la réhabilitation le serait-elle, puisqu'aux termes de l'article 619 revisé du Code d'instruction criminelle la réhabilitation suppose une peine à laquelle s'applique précisément le droit de grâce?

Du reste, un arrêt récent de la Cour de cassation a consacré définitivement ces principes à l'occasion de l'exclusion de la liste électorale prononcée par un juge de paix contre un officier ministériel, destitué à la suite d'une condamnation à une peine afflictive et infamante dont il avait été relevé par la voie de la réhabilitation.

Nonobstant sa réhabilitation, son exclusion avait été main-

[1] *De la discipline des Cours et tribunaux, du barreau et des corporations d'officiers publics*, t. II, p. 391, 1846.

[2] *Traité du Code d'instruction criminelle*, 1860, neuvième et dernier volume, p. 585.

[3] Décision ministérielle du 12 avril 1839, à l'occasion d'un recours en grâce.

Digitized by Google

tenue; de là pourvoi, que la Cour de cassation a rejeté par le motif :

« Que la réhabilitation obtenue par cet officier ministériel « ne l'avait pas relevé des effets de sa destitution[1]. »

« Cette décision, fait observer l'arrêtiste auquel nous em- « pruntons la citation, quoique rigoureuse, paraît limiter d'une « manière exacte les effets de la réhabilitation. Si l'incapacité « électorale résultait directement de l'arrêt de condamnation « effacée par la réhabilitation, elle disparaîtrait avec la cause « qui l'a produite. On n'aurait alors qu'à appliquer l'article 633 « du Code d'instruction criminelle, où il est dit : « la réhabili- « tation fait cesser pour l'avenir, dans la personne du con- « damné, toutes les incapacités qui résultaient de la condam- « nation; » mais l'incapacité qui frappe l'officier ministériel « judiciairement a, dans le jugement de destitution, une cause « spéciale toujours subsistante, malgré la mise à néant de la « condamnation qui a pu motiver cette destitution, dont les « effets légaux doivent dès lors être maintenus. »

Ainsi, que l'on consulte la jurisprudence ou que l'on consulte la doctrine, la conclusion à laquelle on arrive sur la question qui nous occupe est toujours la même, à savoir : qu'entre les peines proprement dites, criminelles ou correctionnelles, et les mesures disciplinaires, l'assimilation est impossible, et que les principes applicables aux premières, notamment en matière de réhabilitation, ne sauraient être étendus aux secondes, en l'absence d'un texte formel autorisant cette extension.

Certes, si une espèce pouvait paraître favorable à l'extension par voie d'interprétation de la loi sur la réhabilitation des condamnés, c'était celle sur laquelle la Cour de Paris a été appelée à se prononcer en 1839; là du moins l'assimilation avait un point de départ rationnel, car il s'agissait de matières uniquement réglées par le Code pénal ordinaire ou par des lois répressives proprement dites et par le Code d'instruction criminelle.

Mais en matière disciplinaire, quelle différence! la procédure suivie est la procédure civile; — la juridiction saisie est la juridiction civile; — le jugement qui intervient, intervient au civil, et ne peut être attaqué que par la voie civile et dans la forme tracée par le Code de procédure civile.

[1] Dalloz, 31 mars 1851, 1, 110.

Digitized by Google

Enfin ce jugement ne condamne pas; il applique, et voilà tout, des mesures disciplinaires qui n'ont aucun rapport, aucune analogie avec les pénalités ordinaires criminelles ou correctionnelles, et qu'il est impossible dès lors de faire rentrer soit directement, soit indirectement, dans les condamnations de cette dernière espèce.

Que la loi de 1852 et avant elle le Code de 1810 et la loi du 28 avril 1832, qui ont successivement modifié les articles 619 et suivants du Code d'instruction criminelle, aient attribué aux chambres des mises en accusation la connaissance des demandes en réhabilitation, cela se comprend parfaitement, car, dans les prévisions de la loi, ces demandes ne pouvant avoir pour objet que des condamnations proprement dites, criminelles ou correctionnelles, l'attribution spéciale donnée aux chambres des mises en accusation, quant à leur examen, est la conséquence logique rationnelle des attributions générales de ces chambres en matière criminelle.

Mais dès l'instant où la matière cesse d'être criminelle, ou, comme dans l'espèce, elle est exclusivement réglée par la législation civile, l'attribution générale ne disparaît-elle pas, et avec elle l'attribution spéciale? *cessante causâ, cessat effectus.*

Prétendre qu'il doit en être autrement, n'est-ce pas méconnaître l'économie des articles 619 et suivants du Code d'instruction criminelle, et arriver à ce résultat au moins bizarre de faire intervenir en principe la juridiction civile pour condamner et la juridiction criminelle pour absoudre.

Dans mon opinion, la loi du 3 juillet 1852 se refuse à la réhabilitation des officiers publics et ministériels révoqués, et comme le décret rendu la même année sur les élections, attache au fait seul de la révocation de ces officiers publics ou ministériels une incapacité nouvelle et perpétuelle, j'en conclus, d'après l'esprit général de la loi de 1852, qui m'est révélé par l'exposé de ses motifs, qu'il y a dans cette partie de notre législation une lacune qui a échappé au législateur, qu'il serait juste dès lors de combler, en réglant les réhabilitations de l'espèce par des dispositions appropriées à la matière.

A. KLIÉ.

Digitized by Google

BIBLIOGRAPHIE.

DISSERTATION

SUR L'ACCROISSEMENT ENTRE LES HÉRITIERS TESTAMENTAIRES ET LES COLÉGATAIRES,

Par M. Machelard, professeur de droit romain à la Faculté de Paris.

Compte rendu par M. Jules Cauvet,
professeur de droit romain à la Faculté de Caen.

Les théories diverses de la science du droit, qui concernent l'exécution des dispositions de dernière volonté, avaient, en droit romain, une importance particulière. C'était la conséquence de la fréquence des testaments, par suite d'une vieille coutume, fortement enracinée dans les mœurs nationales, qui faisait attacher le plus grand prix à l'exercice du droit de tester. Le plus souvent, d'ailleurs, le testament d'un citoyen opulent ne se bornait pas à l'institution d'un unique héritier. Pour mieux assurer le sort de ses volontés dernières, le testateur en nommait plusieurs; aux héritiers en nom il ajoutait des substitués vulgaires; il ordonnait un grand nombre de legs, des fidéicommis, des affranchissements enfin[1]. Par ces générosités multipliées, il paraissait attester qu'il possédait un grand nombre d'amis; il évitait le reproche d'ingratitude, le vernis fâcheux, dans les mœurs romaines, d'isolement et de solitude.

Sous l'empire de ces habitudes nationales, les règles concernant l'exercice du droit d'accroissement entre les héritiers testamentaires et les colégataires présentaient, naturellement, un intérêt très-grand. Mais une circonstance spéciale, tirée de l'histoire du droit romain, était venue augmenter leur importance. Les lois Julia et Papia Poppæa, promulguées par Auguste, avaient, on le sait, voulu récompenser la fécondité dans les mariages, et punir le célibat, que la corruption de cette époque avait rendu très-fréquent parmi les citoyens de Rome. Pour

[1] *Testament de Dasumius*, par M. Laboulaye; *Revue de législation*, 1845, tome II°, page 273.

Digitized by Google

cela, elles avaient frappé de déchéance toutes les libéralités faites dans un testament à des célibataires, et transféré ces dons aux citoyens ayant des enfants, nommés par le disposant dans le même acte de dernière volonté. Or cette dévolution, qui offrait beaucoup de rapports avec l'accroissement, ne s'opérait pas en vertu des mêmes règles. Ajoutons que, le plus souvent, elle empêchait ce dernier de se produire.

Il naquit de là une connexité évidente entre la matière de l'accroissement et l'interprétation des lois Julia et Papia. Aussi les commentateurs du droit romain ont-ils, presque toujours, fait marcher de front ces deux sujets naturellement distincts. M. Machelard a suivi la même voie dans un travail récent, dont nous ne saurions trop louer la vaste érudition et le sens juridique exquis.

Voulant examiner les effets du droit d'accroissement dans les institutions d'héritier et dans les legs, aux diverses époques de la législation romaine, il distribue son sujet en trois points d'une longueur et d'une importance inégales. Dans la première partie, il s'occupe de l'accroissement, selon les règles anciennes, antérieures aux lois Papiennes; dans la deuxième, il examine l'influence de ces lois sur les théories reçues précédemment en matière d'accroissement; dans la troisième, enfin, il explique le système admis à ce sujet par les constitutions de Justinien. Il est à peine besoin de dire que la deuxième partie du travail de notre auteur dépasse en étendue, de beaucoup, les deux autres. M. Machelard, en effet, parcourt successivement les problèmes nombreux que fait naître, aujourd'hui, ce Code antique de la famille romaine, désolée par les mauvaises mœurs et par la fréquence des divorces. D'ailleurs, ne voulant rien omettre, il rattache à son sujet toutes les prohibitions de recevoir par testament, établies par les lois Papiennes, notamment celles qui existaient entre époux n'ayant pas d'enfants communs.

Essayons de suivre, à grands pas, notre savant collègue, dans sa triple division fondamentale. Puis nous présenterons quelques considérations de philosophie juridique et d'économie sociale, qui nous sont venues à l'esprit après avoir lu sa Dissertation aussi ingénieuse que complète.

Digitized by Google

§ 1. — *Système reçu, antérieurement aux lois Papiennes, par rapport à l'accroissement dans les hérédités testamentaires et dans les legs.*

Il est d'abord, en ce qui concerne les hérédités, une règle arbitraire, mais constante de la législation romaine, qui a été appliquée à toutes les époques de son histoire. Cette règle, fondée sur l'incompatibilité que l'on croyait exister entre les deux hérédités testamentaire et légitime, et aussi sur la faveur attribuée à la première, amenait pour conséquence nécessaire que tous les institués moins un faisant défaut, celui-ci devait prendre l'hérédité entière. Il en était de la sorte, quand même cet institué eût été placé en dehors des conditions essentielles de l'accroissement, eût-il été appelé, notamment, à recueillir uniquement un objet singulier.

Quant à l'accroissement proprement dit, M. Machelard commence par établir que, dans les dispositions de dernière volonté de toute nature, il repose, essentiellement, sur une vocation solidaire. Cette vocation, en pesant scrupuleusement les expressions dont s'est servi le défunt, implique que, dans sa pensée, les individus gratifiés par lui se partageront l'objet qui leur est laissé, s'ils se présentent tous pour en profiter. Que si, au contraire, il en est qui fassent défaut, celui ou ceux qui resteront prendront l'objet entier, faute d'un droit concomitant venant limiter le leur.

Il est trois modes de disposer d'une même chose envers plusieurs, trois conjonctions distinctes entre elles, et par les effets rationnels qu'elles sont susceptibles de produire, et aussi par les dénominations que les interprètes leur ont données. Dans la conjonction *re*, les gratifiés sont disjoints par les paroles, et conjoints par la chose qui leur est laissée. Le testateur, par exemple, s'est exprimé ainsi : *Je lègue à Primus le fonds Cornélien ; je lègue à Secundus le même fonds Cornélien.* Dans la conjonction *re et verbis*, les gratifiés sont réunis à la fois par la chose et par les paroles : *Je lègue à Primus et à Secundus le fonds Cornélien.* Dans la conjonction *verbis tantum* enfin, ils sont conjoints par les paroles et disjoints par l'objet légué : *Je lègue à Primus et à Secundus le fonds Cornélien, chacun pour moitié.* La vocation solidaire, dont nous parlions tout à l'heure, résulte incontestablement des deux premières conjonctions. Mais il est logique d'admettre, comme le fait notre auteur, que

Digitized by Google

la dernière n'aura pas ce caractère, et, par suite, n'amènera pas d'accroissement, à moins qu'il n'y eût lieu d'appliquer la maxime inexorable du droit romain : *Nemo partim testatus, partim intestatus decedere potest.*

Telle était, en effet, la décision des jurisconsultes romains antérieurs aux lois Papiennes sur ce dernier point. Quant aux deux premières conjonctions, ils en tiraient, relativement à l'accroissement, des conséquences différentes pour les hérédités testamentaires et pour les legs.

Dans les hérédités, ils admettaient l'accroissement, bien qu'il ne s'opérât pas de la même manière à l'égard des conjoints *re et verbis* et des conjoints *re tantum*, s'il existait, dans le même testament, des héritiers conjoints de l'une et de l'autre espèce. Les conjoints *re et verbis* formaient entre eux une tête unique; ils profitaient dès lors, respectivement et exclusivement, de la défaillance de leurs cohéritiers conjoints de la sorte; puis ils partageaient avec les conjoints *re tantum* la part d'un de ces derniers qui n'eût pas été recueillie. La conjonction *re et verbis* était donc la plus avantageuse sous ce point de vue, bien qu'elle le fût moins sous un autre. Que l'on suppose, en effet, deux héritiers conjoints *re et verbis* en présence de deux autres héritiers conjoints *re tantum;* la part de l'un de ceux-ci qui fait défaut passera pour moitié à l'autre conjoint *re*, et pour un quart seulement à chacun des conjoints *re et verbis* formant une tête unique dans le partage de l'hérédité.

Mais dans les legs, avant les lois Papiennes, l'accroissement était régi par des règles bien moins simples et plus éloignées de nos usages. Ces règles, que Gaïus nous fait connaître dans les §§ 199, 205, 215 et 223 de son deuxième commentaire, reposaient sur une différence essentielle que l'on établissait entre les legs *per vindicationem* et *per præceptionem* d'une part, et les legs *per damnationem et sinendi modo* de l'autre. Dans les premiers, l'objet unique attribué à plusieurs par le testament du défunt l'étant directement et à titre de propriété, les divers légataires, qu'ils fussent conjoints *re et verbis* ou *re tantum,* obtenaient, aux yeux des jurisconsultes romains, un droit total et simultané sur la chose léguée. Cette chose n'étant pas susceptible d'augmentation, si tous les légataires venaient recueillir le bienfait à eux attribué, il fallait nécessairement qu'ils se la partageassent; mais aussi la part des défaillants pro-

Digitized by Google

fitait nécessairement aux légataires acceptants, *jure non decrescendi*, sans que les charges imposées aux premiers pussent concerner les légataires profitant du legs. C'était la conséquence de l'énergie de la propriété de ces légataires, qui prenait son développement naturel et libre, dès là qu'elle n'était plus gênée par la propriété rivale des autres.

Pour le legs *per damnationem*, il n'en était plus de la sorte. La volonté du testateur alors semblait être essentiellement de constituer l'héritier débiteur envers le légataire devenu son créancier. Or il est de la nature d'une créance, portât-elle sur un corps certain, de pouvoir à la fois se scinder en plusieurs parts, et aussi de se multiplier en plusieurs créances identiques. Partant de cette observation, les fondateurs des anciennes maximes du droit romain avaient pensé que l'accroissement ne devait pas se produire dans les legs *per damnationem*. Seulement, les conséquences de l'absence d'accroissement variaient singulièrement, selon qu'il s'agissait de légataires conjoints *re et verbis*, ou de légataires conjoints *re tantum*. Dans le premier cas, on appliquait la maxime *Damnatio partes facit*, et la part du défaillant profitait à l'institué débiteur de cette part. Dans le second, la défaillance d'un légataire eût encore amené quelque chose de semblable; mais le sort de l'héritier n'en était pas moins infiniment plus rigoureux. En effet, si les deux conjoints *re tantum* venaient tous les deux réclamer leur legs, l'héritier devait payer à l'un la chose léguée elle-même, à l'autre l'estimation totale de cette chose.

§ 2. — *Influence des lois Julia et Papia Poppæa sur l'ancienne théorie du droit d'accroissement.*

Ces deux lois, dont la première frappait le célibat et la seconde l'*orbitas*, vinrent altérer profondément les règles précédemment reçues relativement à l'accroissement. Tâchons, à la suite de M. Machelard, d'exposer, en peu de mots, ce qu'il y avait de plus important dans le mécanisme, d'ailleurs très-compliqué, de ces lois et des principaux sénatus-consultes qui vinrent s'y rattacher.

Les lois Julia et Papia, par suite des règles nouvelles qu'elles établissaient sur la capacité d'obtenir des libéralités testamentaires attribuée dorénavant aux citoyens romains, distribuaient ceux-ci en cinq catégories distinctes.

Digitized by Google

Il y avait d'abord les *cœlibes*, qui ne pouvaient rien recevoir par testament. Pour cela toutefois, il fallait qu'ils fussent parvenus à l'âge de vingt ans et qu'ils n'eussent pas dépassé celui de soixante. En second lieu venaient les *orbi* ou mariés sans enfants, qui perdaient la moitié des libéralités qui leur étaient attribuées. Les sexagénaires, célibataires et privés d'enfants, étaient traités de la même manière. Au temps où la loi Papia fut promulguée, on comptait les enfants adoptifs à l'égal des enfants légitimes issus d'un mariage honorable. Un sénatus-consulte, rendu sous Tibère, abolit cette extension contraire évidemment au but que la loi Papia se proposait d'atteindre. Disons, toutefois, que les *cœlebs*, en contractant, dans les cent jours qui suivaient l'ouverture du testament, un mariage dont il y avait lieu d'espérer des enfants, échappait pour moitié à l'incapacité créée par la loi Julia. L'*orbus* évitait entièrement celle que lui imposait la loi Papia, si son mariage, jusque-là stérile, amenait la naissance d'un enfant dans le même délai de cent jours.

M. Machelard pense avec raison qu'il faut assimiler à l'*orbus* le *pater solitarius*, dont il est question dans l'intitulé du titre 13e du livre des *Règles d'Ulpien*. On appelait ainsi le citoyen père de famille, mais non marié, à une époque de sa vie assez peu avancée encore pour ne pas mériter l'*ætatis vacatio* acquise à soixante ans. Cet individu, en règle avec la loi Papia, était en contravention avec la loi Julia. C'est à tort que beaucoup d'auteurs ont pensé qu'il s'agissait, dans l'expression *pater solitarius*, du père d'un enfant unique, la pluralité des enfants n'étant pas exigée pour les hommes par les lois Papiennes, mais pour les femmes seulement.

Après les *orbi* venaient les *solidi capaces*. C'étaient les *cœlibes* et les *orbi*, parents collatéraux du défunt dans les sept premiers degrés. Ils prenaient les libéralités qui leur étaient laissées, sans profiter, toutefois, de l'accroissement éventuel. Le quatrième ordre de qualifiés était formé des enfants qui recevaient des libéralités testamentaires de leurs parents, et réciproquement. Ces gratifiés, appelés *jus antiquum habentes*, jouissent des libéralités qui leur sont faites avec les prérogatives de l'accroissement, comme cela eût eu lieu avant la promulgation des lois Papiennes. Enfin, en cinquième et dernier ordre, viennent les citoyens ayant des enfants, nommés dans le

Digitized by Google

testament. Ceux-là, outre le *jus antiquum*, ont le droit précieux de prendre pour eux les parts devenues caduques dans les institutions ou dans les legs créés par le même testament. C'est à l'un de ces gratifiés que Juvénal adresse le vers devenu célèbre :

« Legatum omne capis, nec non et dulce caducum. »

Les parts caduques dévolues aux *patres*, et à leur défaut à l'*ærarium* ou trésor du peuple romain, se composent : 1° de toutes les libéralités enlevées en totalité aux *cœlibes* et pour partie aux *orbi*; 2° de tous les legs et portions d'hérédité qui viennent à défaillir ou qui sont répudiées depuis le décès du testateur. Peu importe d'ailleurs, contrairement à l'opinion de beaucoup d'auteurs, que cette défaillance se produise avant ou après l'ouverture du testament; 3° on range également dans cette catégorie les parts qui auraient été attribuées à des institués ou à des légataires, à titre d'accroissement selon les idées anciennement reçues, sauf la réserve en faveur des héritiers ou légataires possédant le *jus antiquum*; 4° enfin, on assimile entièrement aux parts caduques celles qui sont dites *in causa caduci*. Ce sont celles qui, valablement attribuées à l'époque de la confection du testament, viennent à perdre leur efficacité dans l'intervalle qui s'écoule entre le testament opéré et la mort du testateur.

On applique un droit différent, en les considérant *pro non scriptis*, aux libéralités nulles dès leur origine. Tel serait le legs fait à un *peregrinus* privé du droit de cité romaine, et ne possédant pas la *testamenti factio*. Les dispositions de ce genre sont régies par le droit ancien; dès lors elles restent dans l'hérédité, ou sont recueillies en vertu du droit d'accroissement.

Pour les parts caduques et quasi-caduques attribuées aux *patres* par les lois Papiennes, quel sera l'ordre de préférence qu'il conviendra de suivre entre ces gratifiés privilégiés? Les §§ 207 et 208 du deuxième commentaire de Gaïus, joints au fr. 89 Dig., *De leg.*, 3°, vont nous l'apprendre. En principe, relativement à la vendication des caduques, les héritiers *patres* passent les premiers; puis viennent les légataires également pères de famille; arrive enfin le trésor public qui représente le peuple romain, *velut pater omnium*. Pourtant, d'après les lois qui nous occupent, les héritiers ou légataires ayant des enfants,

Digitized by Google

conjoints avec celui qui n'en avait pas, devaient profiter exclusivement de la caducité totale ou partielle de la disposition conférée à ce dernier.

De cette règle formulée par les lois Papiennes, qui, pour le maintien du droit d'accroissement, exigeaient la conjonction des légataires, les jurisconsultes postérieurs à ces lois avaient tiré des conséquences contraires à la vraie nature de l'accroissement. D'une part, ils avaient considéré la conjonction *verbis tantum* comme suffisante; de l'autre, ils avaient déclaré, le fr. 89 Dig., *De leg.*, 3°, vient l'attester, que la conjonction *re tantum*, en vertu de laquelle les légataires d'une seule chose léguée de la sorte à plusieurs étaient réputés *disjuncti*, ne suffirait plus pour exclure les autres *patres* qui lui étaient préférables ou égaux selon le droit général.

Cette interprétation judaïque d'un texte de la loi Papia produisit, on le voit, une conséquence bizarre qu'on a peine à s'expliquer chez des esprits aussi logiques que l'étaient ceux des jurisconsultes romains de l'époque classique. Il arriva, en effet, que la conjonction la plus énergique de toutes, celle qui imprime essentiellement un caractère de vocation solidaire aux légataires divers qui en sont l'objet, ne fut pas prise en considération, quand il s'agissait d'appliquer les lois Papiennes. Plus tard, il est vrai, Justinien, nous le verrons bientôt, ne conserva pas dans ses lois cette répulsion singulière pour la conjonction *re tantum*. Cependant les rédacteurs du Digeste ayant maladroitement admis, dans leur vaste compilation, des textes où elle se rencontrait, les commentateurs modernes du droit romain furent induits fréquemment à en contester le caractère. C'est par cette filiation lointaine que s'explique la disposition, si peu rationnelle de l'avis de tous, de l'article 1045 du Code Napoléon, qui, dans le cas d'une chose unique attribuée à deux légataires conjoints *re tantum*, n'admet pour eux la possibilité de profiter de l'accroissement que si la chose léguée est indivisible.

Terminons cet exposé rapide de la partie la plus importante du travail de M. Machelard par quelques observations que nous lui emprunterons également, à l'effet de compléter l'exposé de l'ordre d'idées reçu dans les lois Papiennes.

La vendication des caduques n'étant plus considérée que comme une faveur de la loi, les *patres* auxquels elle profitait

Digitized by Google

devaient toujours la demander expressément, alors même que, cessant les lois Papiennes, ils en eussent joui, en vertu des anciens principes de l'accroissement. Mais aussi ils durent supporter les charges attachées par le testateur à la part défaillie réunie dorénavant à la leur propre.

Les lois Papiennes n'avaient pas parlé des fidéicommis. Ce fut seulement sous Vespasien que le sénatus-consulte Pégasien déclara que ces lois leur seraient applicables. Faut-il conclure de là que, jusqu'à cette époque, le mode de disposer par fidéicommis constituait une manière facile et incontestable donnée à tout testateur d'échapper aux prohibitions des lois caducaires? Nullement. Le Consul ou le Préteur, qui connaissait de l'exécution des fidéicommis, devait, s'il en était requis, déclarer non obligatoires, pour l'héritier du disposant, ceux dont nous venons de parler. Il est même probable que dès cette époque l'exécution volontaire donnée par l'héritier à un fidéicommis de cette nature eût amené, sous le nom d'*ereptorium*, la confiscation, en faveur du trésor public, du bien ainsi remis contrairement aux défenses des lois Papiennes. L'effet du sénatus-consulte Pégasien fut donc uniquement d'attribuer aux *patres* nommés dans le testament les fidéicommis contraires aux lois Papiennes, en enlevant à l'héritier le droit de les retenir dont il jouissait jusque-là. Remarquons que, même après le sénatus-consulte Pégasien, on continua à suivre le droit ancien, s'il ne se rencontrait qu'un héritier *ab intestat* grevé de fidéicommis illicites.

Ne pouvant analyser tous les détails pleins de science et d'intérêt que donne M. Machelard sur les dispositions si variées des lois Papiennes, nous devons dire quelques mots cependant de l'une des questions les plus difficiles abordées par lui. J'entends parler du point de savoir quelle avait été la part des femmes dans le système de pénalités et de récompenses établi par les lois d'Auguste.

Au moment où les lois Julia et Papia furent promulguées par l'ordre de ce prince, la capacité des femmes à l'effet de recueillir des libéralités testamentaires était fixée dans des limites très-étroites par la célèbre loi Voconia. Les lois nouvelles, dès lors, purent, sans encourir le reproche d'une rigueur excessive, se montrer moins favorables, en ce qui les concernait, qu'elles ne l'étaient pour les hommes. Il paraît certain,

Digitized by Google

en effet, que les femmes nommées dans un testament, eussent-elles donné le jour à plusieurs enfants, ne pouvaient prétendre à la revendication des caduques, à ces *præmia patrum*, si fort appréciés des Romains de ce temps. Pour recueillir en entier les institutions et les legs dont elles étaient gratifiées, un seul enfant même n'était pas suffisant en ce qui les concernait. On en exigeait trois pour les femmes ingénues, et quatre pour les affranchies. Il est vrai qu'alors, à la différence de ce qui avait lieu pour les *patres*, on comptait les enfants défunts à l'égal de ceux encore existants. Mais les femmes mariées sans enfants, ou bien encore mères de deux enfants seulement, pouvaient-elles recueillir, conformément à la loi Papia, la moitié des libéralités à elles faites, nonobstant les anciennes défenses de la loi Voconia? Cette opinion paraît vraisemblable, bien qu'elle ne repose sur aucun texte précis qui vienne l'appuyer.

§ 3. — *Abolition des lois Papiennes, et retour, au moins partiel, aux règles anciennes concernant le droit d'accroissement.*

Si la sévérité des lois Papiennes fut souvent confirmée par des sénatus-consultes qui vinrent étendre leurs dispositions, de bonne heure elle fut éludée, dans une foule de cas, par l'habitude que prirent les empereurs de dispenser de leur application ceux de leurs sujets qu'ils voulaient favoriser. Ces dispenses étaient de deux sortes : les unes (*legum vacatio*) constituaient une simple dispense des incapacités de recevoir par testament, établies contre les célibataires et les *orbi*; les autres, beaucoup plus amples (*jus liberorum*), conféraient, en outre, le droit envié de recueillir les caduques. Pour les femmes cependant, incapables de recueillir les caduques, le *jus liberorum* emportait seulement la *solidi capacitas*, les effets de la fiction ne devant pas raisonnablement dépasser ceux que la réalité serait venue produire.

Une question fort grave, au point de vue de la destinée éprouvée par les lois Papiennes, est de savoir quelle signification il convient d'attribuer à une constitution d'Antonin Caracalla, mentionnée dans le titre 17 des *Règles d'Ulpien*. Le sens le plus naturel du § 2 de ce titre, qu'adopte M. d'Hauthuille dans son remarquable travail sur le droit d'accroissement, conduirait à penser qu'après Caracalla les déchéances établies par les

Digitized by Google

lois Papiennes auraient continué d'exister, mais il en eût été différemment des *præmia patrum*. A partir de ce temps, en effet, le fisc impérial aurait eu le droit exclusif de réclamer les caduques. Notre savant collègue rejette, à juste titre, cette interprétation. Selon lui, la constitution de Caracalla avait pour but unique de transférer au trésor impérial (*fiscus*) le droit subsidiaire aux caduques, à défaut de *patres* nommés dans le testament, droit concédé d'abord au trésor du peuple romain (*ærarium*). Du reste, les auteurs allemands, qui ont adopté l'opinion de M. d'Hauthuille, estiment que Macrin, successeur de Caracalla, aurait rétabli le privilége des *patres*, conformément au droit ancien.

M. Machelard rejette aussi, à grande raison, une autre opinion très-accréditée, d'après laquelle les lois Julia et Papia Poppæa auraient été abrogées entièrement par Constantin comme incompatibles avec la faveur qu'accorde la religion chrétienne au célibat embrassé par désir de perfection spirituelle. Il est vrai que ce prince, mû sans doute par le motif que nous venons d'indiquer, déclara abolir les peines du célibat et de l'*orbitas*; mais il laissa subsister les autres dispositions tirées des lois Papiennes. Il maintint notamment le privilége des *patres* nommés dans le testament, à l'effet de recueillir les parts caduques, lesquelles, on le sait, ne se composaient pas seulement des libéralités enlevées aux *cœlibes* et aux *orbi*.

Ce privilége, bien que transféré à des individus privés d'enfants, par les concessions de plus en plus fréquentes du *jus liberorum*, existait encore au commencement du règne de Justinien. En effet, dans la célèbre constitution *De caducis tollendis*, Justinien s'exprime de la sorte : *Tantum et enim nobis superest clementiæ, quod scientes etiam fiscum nostrum ultimum ad caducorum vindicationem vocari, tamen nec illi pepercimus, nec Augustum privilegium exercemus, sed quod communiter omnibus prodest, hoc rei privatæ nostræ præferendum esse censemus.* Le fisc, avant la constitution qui nous occupe, ne venait donc à la *caducorum vindicatio* qu'après les *patres* (*ultimum vocari*); mais aussi il excluait sous cette restriction les héritiers institués qu'il empêchait de retenir les legs devenus caducs ou placés *in causa caduci*, et aussi les légataires conjoints, devenus depuis Constantin *solidi capaces*, bien qu'ils n'eussent pas d'enfants, mais continuant d'être privés, en vertu des lois Papiennes,

Digitized by Google

du droit d'accroissement qu'ils possédaient dans les temps anciens.

Par la constitution de Justinien, les caduques et les quasi-caduques étant totalement supprimés, les *patres*, et le fisc à leur suite, perdent les prérogatives qu'ils tenaient des lois d'Auguste. Le fisc impérial, par suite, ne pourra réclamer les biens d'un défunt que dans deux hypothèses : 1° s'il ne se rencontre aucun héritier testamentaire ou *ab intestat*; 2° si les agents du fisc font prononcer l'indignité d'un héritier ou gratifié quelconque. Dans ce cas, en effet, en vertu d'une règle ancienne toujours en vigueur dans le droit romain, les biens enlevés à l'indigne ne font pas retour à l'hérédité; ils sont acquis au trésor public.

Justinien, dans cette constitution par laquelle il rétablit les règles anciennes, omet de statuer sur le droit des époux de se faire par testament des libéralités considérables. La loi Papia cependant avait subordonné cette faculté à l'existence d'un enfant commun. Mais cette incapacité spéciale et l'attribution des *decimæ* qui s'y rattachait, avaient été abolies entièrement dès l'année 410, par une constitution formelle des empereurs Honorius et Théodose le Jeune.

C'était, on le sait, un principe essentiel du droit civil de Rome que l'héritier institué dût accepter personnellement le bienfait de l'institution, sans pouvoir transférer cette faculté à ses héritiers, s'il mourait peu après le testateur. Il en était de même du légataire décédé avant l'époque de la *cessio diei*, moment où le legs se fixait sur sa tête, alors même qu'il n'eût encore été l'objet d'aucune réclamation de sa part. Selon les anciens principes, la *cessio diei*, pour un legs pur et simple, avait lieu dès l'instant de la mort du testateur. De ce jour aussi l'héritier institué sans condition pouvait faire adition. Les lois Papiennes, dans le but d'augmenter les chances de caducité en faveur des *patres*, avaient reculé le moment de l'adition et celui de la *cessio diei legatorum* au jour de l'ouverture solennelle des tablettes du testament. Justinien rétablit, sous ce point de vue, l'ancien droit dans sa constitution *De caducis tollendis*. Il le remet également en vigueur quant à l'accroissement venant à s'opérer entre les institués ou bien encore entre les substitués. Pour ceux-ci, conformément à une constitution de Septime Sévère, il ordonne que les charges imposées à l'institué passe-

Digitized by Google

ront de plein droit au substitué, dès là qu'elles n'étaient pas, dans la pensée du testateur, personnelles à ce dernier.

Le legs, le fidéicommis laissés à quelqu'un restent également dans l'hérédité, si le gratifié ne peut pas ou ne veut pas les recueillir. Mais si le legs a été fait à plusieurs conjointement, Justinien établit pour l'accroissement des règles nouvelles. Il commence par rejeter toute distinction entre les legs conçus par la formule de la *damnatio* et ceux laissés *per vindicationem*. Pour les uns comme pour les autres, l'objet légué à plusieurs simultanément ne sera dû qu'une fois par l'héritier, à moins que le testateur n'eût ordonné le contraire.

Ce point posé, il exclut de la faveur de l'accroissement les conjoints *re et verbis*, ayant chacun des parts distinctes, en vertu de l'attribution opérée par le testateur. Cette solution, très-rationnelle d'ailleurs, nous paraît certaine dans la pensée de l'empereur, bien qu'en opposition directe avec le texte des lois Papiennes, tel que l'entendaient les jurisconsultes de l'époque classique. L'insertion dans le Digeste de la loi 89, *De leg.*, 3°, tirée des écrits de Paul, ne saurait dès lors être attribuée qu'à l'inadvertance des compilateurs.

Pour les légataires conjoints *re et verbis* que l'on appelle simplement *conjoints*, et les conjoints *re tantum* que l'on appelle *disjoints*, l'accroissement est admis, mais il ne s'opère pas de la même manière, en vertu d'une intention présumée du testateur. La vocation solidaire est surtout évidente à l'égard des légataires conjoints *re tantum*; le droit de chacun alors embrasse nécessairement la totalité de l'objet légué, dès là qu'il n'est pas restreint par un droit concomitant et rival. Il suit de là qu'en ce qui les concerne l'accroissement est forcé; mais aussi il n'entraîne aucune obligation d'acquitter les charges imposées aux légataires défaillants.

Quand les deux légataires conjoints l'étaient à la fois par les choses et par les paroles, il n'en était plus tout à fait de la sorte. La part de celui d'entre eux qui fait défaut alors paraît revenir à l'autre, en vertu d'une sorte d'attribution légale ayant à certains égards le caractère d'une substitution, bien que l'accroissement, à la différence de la substitution, profite toujours aux héritiers du légataire acceptant. Ce légataire, par suite de ce point de vue, est en droit de refuser l'accroissement; mais s'il consent à le recevoir, il doit supporter les charges attachées à

Digitized by Google

la part défaillie. Les gratifiés accessoires, devant profiter de ces charges, sont en droit de lui adresser le même langage qu'ils tiendraient, depuis la constitution de Sévère sur ce point de législation, à un substitué prenant la part de l'institué : « Le défunt, qui nous a préférés à quelqu'un qu'il préférait à vous-même, nous a, à plus forte raison, préféré à vous. »

M. Machelard remarque avec raison que cette manière d'appliquer dans les legs les effets de l'accroissement est la plus rationnelle, quelle que soit d'ailleurs la formule de conjonction employée par le testateur. D'une part, il paraît singulier d'obliger quelqu'un à prendre malgré lui un émolument qui lui advient; de l'autre, celui qui réclame un bénéfice de ce genre doit obéir à la volonté du disposant, dès là que cette volonté doit avoir son cours, puisque la charge établie par elle n'est pas personnelle, à vrai dire, au légataire qui fait défaut.

§ 4. — *Considérations philosophiques au sujet des lois Papiennes.*

Ces lois, qui choquent si fort nos idées modernes, en faisant intervenir le principe de la contrainte dans les actes les plus spontanés de la vie domestique, étaient, il faut le dire, en harmonie avec l'esprit général des législations antiques. On considérait, chez les anciens, l'action du législateur comme appelée à dominer l'homme tout entier; elle ne rencontrait devant elle aucune de ces limites que le sentiment plus développé de la dignité de l'individu lui impose aujourd'hui. Sous l'empire de ces tendances, les lois ne pouvaient abandonner au libre caprice des citoyens le mariage et la constitution de la famille, bases essentielles de la société politique aussi bien que des sociétés privées.

Dans toutes les républiques grecques, le jeune homme parvenu à l'âge viril était engagé à choisir une épouse par des moyens coercitifs qui variaient selon les diverses cités. A Sparte, si l'on en croit Plutarque, le célibataire qui s'était obstinément refusé à donner des défenseurs à l'État était soumis, d'après les lois de Lycurgue, à une peine avilissante et bizarre : il devait, à certains jours, courir nu sur la place publique, au milieu des risées des enfants et des femmes (*Vie de Lycurgue*, § 32). Selon les lois de Solon, l'homme non marié ou même privé d'enfants ne pouvait monter à la tribune et haranguer le peuple. Cette

Digitized by Google

peine, légère de nos jours, était assurément rigoureuse dans une démocratie illimitée telle que l'était celle d'Athènes, où l'influence oratoire semblait la plus enviable parmi les avantages divers que peuvent conférer la nature et la fortune. Semblable en cela aux dispositions des lois Papiennes sur l'*orbitas*, cette peine, remarquons-le, poussait forcément au divorce l'Athénien époux d'une femme qu'il eût aimée, mais dont il n'espérait plus obtenir d'enfants.

A Rome, jusqu'à l'époque de César et d'Auguste, la haute magistrature exercée par les Censeurs sur les mœurs publiques avait paru suffire pour obliger les citoyens à supporter sans hésitation les charges attachées au mariage et à la paternité. Les Censeurs, en effet, avaient incontestablement le pouvoir de priver de ses droits civils en tout ou en partie l'homme demeuré dans le célibat sans raisons légitimes : *cœlibes esse prohibento*, dit Cicéron en parlant des Censeurs dans son traité des lois, emprunté en entier, pour la partie pratique, aux vieilles mœurs de la cité romaine.

Les lois Julia et Poppæa, apparaissant dans une époque de corruption profonde où la censure se trouvait désarmée par le nombre infini des transgressions, imaginèrent, contre l'homme égoïste qui fuyait le mariage, des peines empruntées au sentiment d'avarice qui l'avait maintenu dans le célibat. Il cessa de lui être loisible de capter la bienveillance de ses amis pour s'enrichir en vertu de leur testament. C'était là, on le sait, une coutume pour ainsi dire nationale chez les Romains de ce temps. Elle avait produit la classe avilie des *hérédipètes*, objet habituel des plaisanteries de Juvénal et d'Horace.

Sous le gouvernement des empereurs romains, dont la modération affectée devait bientôt faire place au despotisme le plus illimité, il était naturel que le fisc impérial fût appelé à profiter, fréquemment du moins, des libéralités enlevées aux célibataires et aux *orbi*. Les lois caducaires constituaient, pour les prodigalités souvent insensées des Césars, une ressource précieuse. Elles marchaient de front avec la coutume en vigueur sous les mauvais princes, en vertu de laquelle un testateur opulent devait nommer l'empereur son héritier pour partie, s'il voulait assurer le maintien de ses dispositions de dernière volonté[1].

[1] Tacite, *Vie d'Agricola*, § 43.

Digitized by Google

Cependant, on l'a souvent remarqué, les Romains semblent avoir été destinés par la Providence à servir de transition entre la civilisation toute municipale de la Grèce antique et celle de l'Europe moderne, aux tendances larges et généreuses. Rien de surprenant, dès lors, qu'ils aient éprouvé bien plus de répugnance que les Grecs pour les lois qui prétendaient, relativement au mariage, détruire la liberté des individus au profit de la souveraineté illimitée de l'État. Indépendamment de la corruption des mœurs qui rendait alors tout frein moral odieux, c'est par là, nous le croyons, qu'il convient d'expliquer la répugnance extrême qu'Auguste rencontra dans le peuple romain, lorsqu'il s'agit de lui faire adopter les mesures coercitives qu'il avait combinées pour amener les citoyens à fonder une famille. De là aussi les sénatus-consultes destinés, plus tard, à déjouer es fraudes que les jurisconsultes ne cessaient d'imaginer, à l'effet d'éluder l'application des lois Papiennes.

On jugea convenable, dans ce but, de faire un nouvel appel au sentiment d'avidité de plus en plus général chez les Romains de ce temps. On décida que celui qui dénoncerait aux agents du pouvoir une libéralité testamentaire suivie d'exécution, nonobstant les incapacités prononcées par les lois d'Auguste, obtiendrait la moitié de ces biens, dont le surplus serait dévolu au fisc. Dans les premières années du règne de Néron, il parut nécessaire de réduire au quart cette part privilégiée attribuée aux délateurs, tant l'appât de cette récompense exagérée avait fait pulluler des accusations calomnieuses et injustes [1]. M. Machelard signale avec autorité les conséquences funestes de cette immixtion de la fiscalité des Césars dans la vie domestique de leurs sujets : « Triste nécessité du législateur, dit-il, qui veut « faire violence aux mœurs, et donner quelque vitalité à des « institutions tyranniques, en opposition avec les sentiments de « la nation ! On a vu ces procédés se renouveler aux mauvais « jours de notre histoire. La délation fut érigée en vertu civique; « on offrit des récompenses aux dénonciateurs. »

Mais les lois Papiennes atteignirent-elles au moins le but louable qu'Auguste en avait espéré? Apportèrent-elles un remède efficace aux causes multiples de dépopulation et de décadence qui vinrent assaillir l'empire romain vieillissant? Il

[1] Suétone, *Vie de Néron*, § 10.

Digitized by Google

est assurément permis d'en douter. Dès la fin du premier siècle de l'ère chrétienne, Pline le Naturaliste nous montre les campagnes de l'Italie dépeuplées et appauvries. Ces champs, jadis si fertiles, sont convertis en pâturages et abandonnés à des mains serviles. Cependant, dans les autres parties de l'empire, une prospérité véritable se maintient un siècle environ, sous le gouvernement des Antonins. Alors existe, à vrai dire, l'apogée de la puissance et de la grandeur de Rome, dominant, par une administration régulière et savante, une foule de nations qu'elle s'assimile. Mais dans les sociétés antiques, dépourvues de la séve vivifiante que le christianisme communique aux sociétés modernes et chrétiennes, la décadence arrivait toujours rapide une fois que le point culminant avait été atteint.

Après la mort d'Alexandre-Sévère, l'empire marche à grands pas vers sa ruine. Au milieu des guerres civiles incessantes, les terres cessent d'être cultivées, les armées ne savent plus où se recruter; on manque à la fois de laboureurs et de soldats. Pour combler le vide effrayant qui se fait dans les populations de longue date soumises aux Romains, il faut avoir recours aux barbares. Eux seuls, par le contact d'une nature rude et grossière, mais énergique et puissante, devront raviver plus tard le colosse écroulé. Dès ce moment ils figurent, à titre de *fédérés*, dans la milice romaine; ils cultivent, en qualité de *lètes*, les campagnes délaissées.

Dans ce temps, remarquons-le, les lois Papiennes étaient en pleine vigueur, puisqu'il devait s'écouler un siècle entier avant que Constantin leur fît subir une modification profonde. Il est visible, dès lors, que les peines du célibat et les récompenses de la paternité avaient été impuissantes à produire une population nombreuse. C'est que la législation positive et artificielle ne saurait modifier les grandes lois providentielles sur lesquelles repose le développement physique et moral de la race humaine. Les hommes sont naturellement portés au mariage. Plus la vie est simple et abondante, plus cette propension se développe et se généralise, plus aussi les mariages sont féconds.

Ce sera, dès lors, par des moyens indirects et latents que les législateurs devront tendre à favoriser la multiplication des citoyens. A ce point de vue comme à bien d'autres, quoi de meilleur que le sentiment profond d'égalité civile, que le prin-

Digitized by Google

cipe d'aptitude générale à la propriété foncière qui règnent dans nos lois françaises! C'est cette diffusion du sol de nos campagnes, entre ceux-là même qui l'arrosent de leurs sueurs, qui a fait naître, parmi nous, les populations vigoureuses de cultivateurs ruraux, dont la fermeté et la sagesse ont récemment sauvé la patrie dans des circonstances infiniment périlleuses. Que de sages encouragements donnés à l'agriculture retiennent au milieu de ses champs cette classe la plus utile de toutes, source féconde de laboureurs et de soldats, et l'on aura plus fait pour l'avenir de la France qu'en promulguant de nouvelles lois Papiennes qui viendraient assigner des récompenses aux familles nombreuses. JULES CAUVET.

RECUEIL DES USAGES LOCAUX DU DÉPARTEMENT DU NORD,

CONSTATÉS ET MIS EN ORDRE.

Compte rendu par M. H. BOURDON, juge au tribunal civil de Lille.

Cet ouvrage, qui ne se rapproche que par le titre de celui d'*Usages en droits*, publié par M. Champollion-Figeac, est moins une étude d'archéologie qu'un travail pratique. Il fait partie d'une série de rapports provoqués, il y a six ans, par M. le ministre du commerce, et dont le but était tout ensemble de fournir aux particuliers d'utiles renseignements et à la préparation d'un Code rural toujours demandé, toujours ajourné, des documents peu s'en faut indispensables. Peut-être que par le soin avec lequel il est composé, la méthode qu'il suit, les nombreux points qu'il touche, à raison aussi des considérations qui le précèdent et de la netteté des vues qui le résument, il est permis de le placer en tête de ceux auxquels l'arrêté du 15 février 1855 a dû donner lieu. Il mérite assurément l'examen.

Les usages y sont répartis en trois catégories, qui se subdivisent elles-mêmes en plusieurs titres. La première comprend tout ce qui a trait aux bois et à l'usufruit, aux taillis, futaies, élagages, affouages et marais communaux; elle s'applique aux constructions rurales, aux plantations, aux stillicides, aux eaux courantes, et jette un coup d'œil sur la loi de 1845 relative à

Digitized by Google

l'établissement des trottoirs. La seconde catégorie s'occupe des baux tant à loyer qu'à ferme, et du louage des services. Dans la sphère de la troisième rentrent et la vaine pâture et le glanage ou le râtelage, et ce qui a trait aux animaux acclimatés ou nuisibles, à l'échenillage, au rouissage, à la police agricole, puis enfin les constructions industrielles, carrières, fours à chaux, moulins à vent, et les questions de grande et petite voirie, et les plantations dans leurs rapports avec ces dernières. Consacrer quant à ces diverses matières, et cela d'un manière définitive, des usages établis jusqu'ici par la seule tradition, et dont l'incertitude prêtait accès à des procès, tel est l'effet immédiat et précieux pour tous de la publication dont il s'agit.

Parmi les passages curieux se place l'énumération des conditions de l'engagement ainsi que de la rémunération des domestiques. Par exemple, dans le canton de Trélon, celui qui a fauché a droit de battre; dans le canton d'Avesnes, les bergers ont droit de mettre au troupeau trois moutons sur cent, et au berger appartient la peau des moutons morts de janvier à Saint-Jean; dans le canton de Cambrai, salaire en nature, et dans le canton de Bailleul location du 1er février au 1er août, cessant de plein droit, à moins de renouvellement exprimé avec denier-à-Dieu; application énergique en Flandre de ce principe tout libéral de la temporanéité des services, écrit dans l'article 1780 du Code Napoléon. Nous signalerons surtout à l'attention deux autres points : d'abord une observation qui s'en prend aux temps bibliques et écarte l'argument tiré du Deutéronome, chapitre 24, et du Lévitique, chapitre 19, en faveur de l'habitude du glanage; ensuite la remarque pratique à la fois et actuelle que voici : « Dans la ville de Lille, pendant la durée du « délai fixé pour le congé, le locataire est tenu de laisser visiter « la maison, l'appartement ou la chambre par lui occupée, pen- « dant deux heures par jour et pendant trois jours au moins « par semaine, le tout à son choix. Il en est de même en cas « de vente. Cet usage révèle des habitudes de convenance, « satisfait toutes les exigences, tous les intérêts, le preneur et « le bailleur sachant à quoi s'en tenir. On s'étonne qu'à Paris, « par exemple, on se croie le droit d'aller tous les jours et à « toute heure visiter les maisons et appartements, et troubler « ainsi, par une curiosité inopportune, l'intérieur et l'intimité « des familles, pendant toute la durée du congé. C'est une vé-

Digitized by Google

« ritable atteinte portée à la jouissance qui doit être absolue « comme la propriété. »

Le *Recueil des usages locaux* n'est pas sans faire honneur à la commission dont il émane et que présidait le doyen du conseil de préfecture du Nord. C'est un écrit qui se recommande aux amis de la science du droit administratif. Elle devait déjà au conseil de préfecture du Nord plusieurs bons ouvrages, parmi lesquels je cite de préférence, comme ayant été loués par la *Revue de législation* (1836, p. 400; 1849, p. 412), ceux du digne et regretté auteur du *Bourgeois de Lille* et de l'*Esquisse d'un Code criminel de l'armée*, feu Legrand.

H. BOURDON.

Digitized by Google

TABLE DES MATIÈRES

PAR ORDRE ALPHABÉTIQUE.

Pages.

Accroissement. V. Bibliographie.
Acteurs chez les Romains. V. Histoire du droit.
Administration de la justice civile. V. Législation.
Ascendant. V. Droit civil.
Avocats en Bavière. V. Procédure civile comparée.
Bibliographie. — Histoire du droit français, etc., par M. Laferrière. . . 87
— Code de la noblesse française, par M. de Sémainville 65
— Le droit civil français, par Zachariæ, traduit et annoté par MM. Massé et Vergé. 217
— De l'étendue du pouvoir exercé d'office par le juge criminel, par M. Van Raalte. 380
— Essai sur la complicité, par M. G. Benoit-Champy. . 456
— Cours de droit administratif appliqué aux travaux publics, par M. Cotelle. 466
— Dissertation sur l'accroissement en droit romain, par M. Machelard. 549
— Recueil des usages locaux du département du Nord. 566
Cautions des contraignables par corps. V. Droit civil.
Chemins. V. Droit administratif.
Chronique. 95, 185, 188, 381, 384
Compétence. V. Droit administratif.
Complicité. V. Bibliographie.
Condition légale des acteurs à Rome. V. Histoire du droit.
Consentement au mariage. V. Droit civil.
Constitutionnalité du décret du 9 janvier 1861. V. Droit public.
Code de la noblesse française. V. Bibliographie.
Cour de cassation dans les Principautés-Unies. V. Législation.
Cours d'assises. V. Législation.
Cours de droit administratif appliqué aux travaux publics. V. Bibliographie.
Décret du 9 janvier 1861. V. Droit public.
Discours de MM. Dumas, Giraud et Valette. V. Nécrologie.
Droit administratif. — Chemins. — Préfet. — Compétence 496

Digitized by Google

Pages.

Droit civil. — De la jurisprudence des arrêts sur les cautions des contraignables par corps. 1, 97
— Des qualités du consentement en matière de mariage. 193, 289
— Quelques questions au sujet des arrêts de la Cour de cassation en matière de partage d'ascendant. 33, 336
— De la transcription. — Ventes successives. — Concours de divers créanciers hypothécaires ou tiers acquéreurs. 245
— Les immeubles du receveur d'une caisse d'épargne sont-ils soumis à l'hypothèque légale que l'article 2121 du Code Napoléon accorde aux établissements publics sur les biens de leurs receveurs et administrateurs comptables? 385
Droit pénal. — De l'indication de la peine dans la discussion devant le jury. 137
— De la position des questions au jury en matière criminelle. 157, 438
— Y a-t-il crime de viol, d'après la loi française, dans le fait de celui qui, seulement par surprise, abuse d'une femme mariée pendant son sommeil, à la faveur de la nuit et de la persuasion où est cette femme qu'elle se livre à son mari?. 481
— De la réhabilitation en matière disciplinaire. 548
Droit public. — De la constitutionnalité du décret du 9 janvier 1861. . 239
Essai sur la complicité. V. Bibliographie.
Établissement d'une Cour de cassation dans les Principautés-Unies. V. Législation.
Étendue du pouvoir exercé d'office par le juge criminel. V. Bibliographie.
Fête de Cujas. 185
Histoire du droit. — Étude historique et juridique sur les spectacles et sur la condition légale des acteurs chez les Romains. 44, 256
— De l'influence de Dumoulin sur certains points du droit civil français; du partage. 515
Hypothèques. V. Législation.
Hypothèque légale. V. Droit civil.
Indication de la peine. V. Droit pénal.
Jury. V. Droit pénal.
Justice en Bavière. V. Procédure civile comparée.
Législation. — Nouveau rapport sur la révision du Code pénal de Portugal. 128
— Étude sur les priviléges et hypothèques. 212
— Établissement d'une Cour de cassation dans les Principautés-Unies. 354
— Études sur l'administration de la justice civile. 394
— De la réduction du nombre des Cours d'assises. 314
Nécrologie. — M. Laferrière. 174
Noblesse française. V. Bibliographie.

Digitized by Google

Pages.

Partage d'ascendant. V. Histoire du droit.
Partage d'ascendant. V. Droit civil.
Peine. V. Droit pénal.
Position des questions. V. Droit pénal.
Précautions à prendre dans les relations commerciales de la France avec l'Angleterre. 475
Préfet. V. Droit administratif.
Privilèges. V. Législation.
Procédure civile comparée. — De la justice et des avocats en Bavière. 59
Qualités du consentement. V. Droit civil.
Questions. V. Droit pénal.
Receveurs des caisses d'épargne. V. Droit civil.
Réduction du nombre des Cours d'assises. V. Législation.
Réhabilitation. V. Droit pénal.
Révision du Code pénal de Portugal. V. Législation.
Spectacles chez les Romains. V. Histoire du droit.
Transcription. V. Droit civil.
Travaux publics. V. Bibliographie.
Tiers acquéreurs. V. Droit civil.
Ventes successives. V. Droit civil.
Viol. V. Droit pénal.
Usages locaux. V. Bibliographie.

TABLE DES ARTICLES

PAR NOMS DES AUTEURS.

AUBÉPIN : De l'influence de Dumoulin sur certains points du droit civil français. 515
TH. BAZOT : De la position des questions au jury en matière criminelle 157
— Idem. 438
H. BECKER : De la justice et des avocats en Bavière. 59
BERGSON : Traduction du compte rendu de M. Mittermaier de l'Histoire du droit français, etc., par M. Laferrière. 87
— Chronique. 188
— Bibliographie. — De l'étendue du pouvoir exercé d'office par le juge criminel, par M. Van Raalte. 380
BONNEVILLE : Nouveau rapport sur la révision du Code pénal de Portugal; traduction et notes. 123

Digitized by Google

Pages.

L. Bonneville : De la justice et des avocats en Bavière. 59
H. Bourdon : Bibliographie. — Recueil des usages locaux du département du Nord. 566
J. Cauvet : Bibliographie. — Dissertation sur l'accroissement en droit romain, par M. Machelard. 549
Chatignier : Bibliographie. — Cours de droit administratif appliqué aux travaux publics, par M. Cotelle. 466
Coin-Delisle : Examen doctrinal de la jurisprudence des arrêts sur les cautions des contraignables par corps. 1
— Idem. 97
Dubernet de Boscq : Quelques questions en matière de partage d'ascendant. 33
— Idem. 336
Flandin : De la transcription. — Ventes successives. — Concours de divers créanciers hypothécaires ou de tiers acquéreurs. . . 245
A. Frémont : De la réduction du nombre des Cours d'assises. 314
G. Genreau : Bibliographie. — Essai sur la complicité, par M. G. Benoit-Champy. 456
De Gerando : Examen doctrinal de la jurisprudence en matière criminelle. 481
Grun : Établissement d'une Cour de cassation dans les Principautés-Unies. 354
A. Klié : De la réhabilitation en matière disciplinaire. 543
Lamache : Étude historique et juridique sur les spectacles et sur la condition légale des acteurs chez les Romains. 44
— Idem. 256
— Examen de la jurisprudence en matière civile. 385
Lavielle : Études sur l'administration de la justice civile. 394
M. Leverson : Des précautions à prendre dans les relations commerciales de la France avec l'Angleterre. 475
Mittermaier : Bibliographie. — Histoire du droit français, etc....., par M. Laferrière. 87
Paringault : De l'indication de la peine dans la discussion devant le jury. 137
Petit : Chemins. — Préfet. — Compétence. 496
Paul Pont : Examen doctrinal de la jurisprudence en matière civile. 193
— Idem. 289
Reverchon : De la constitutionnalité du décret du 9 janvier 1861. . . . 239
Sévin : Étude sur les priviléges et les hypothèques. 212
De Valroger : Nécrologie. — M. Laferrière. 174
L.-M. de Valroger : Bibliographie. — Code de la noblesse française, par M. de Sémainville. 165
L. Wolowski : Bibliographie. — Le droit civil français, par Zachariæ, traduit et annoté par MM. Massé et Vergé. 277

Paris. — Imprimé par E. Thunot et Cᵉ, 26, rue Racine.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

LAW LIBRARY
University of Michigan
3 5112 102 978 568

Digitized by Google